

REEI

Revista Electrónica de Estudios Internacionales

NÚM. 48, 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

REVISTA ELECTRÓNICA
DE
ESTUDIOS
INTERNACIONALES

NÚM. 48, 2024
JULIO-DICIEMBRE

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROFESORES
DE DERECHO INTERNACIONAL
Y RELACIONES INTERNACIONALES

—
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
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
ISSN: 1697-5197
Maqueta: Innovatext

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en 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)
- PAIS INTERNATIONAL
- LATININDEX 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 de Derecho Internacional)
- REDIB (Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico)
- REBIUN (Red de Bibliotecas Universitarias)
- Russian Academy of Sciences Bibliographies
- SJR (Scimago Journal & Country Rank)
- World Cat

ÍNDICE

TRIBUNA

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES CON UNA PARTE NEGOCIALMENTE DÉBIL: DESAFÍOS INHERENTES Y POSIBLES SOLUCIONES	15
CECILIA FRESNEDO DE AGUIRRE	

TRIBUTO AL DR. ORIOL CASANOVAS Y LA ROSA

<i>IN MEMORIAM</i>. ORIOL CASANOVAS Y LA ROSA (1938-2024): UN PENSADOR LÚCIDO, UN MAESTRO, UN AMIGO	25
CATERINA GARCÍA, ÁNGEL J. RODRIGO, SÍLVIA MORGADES, JOSEP IBAÑEZ Y PABLO PAREJA	
METODOLOGIA Y DOCUMENTACION EN DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO	31
ORIOL CASANOVAS LA ROSA	

ESTUDIOS

COLONIAS EN EL LIMBO NEGOCIADOR: MALVINAS Y GIBRALTAR EN PERSPECTIVA COMPARADA	91
GONZALO FERNÁNDEZ CODINA	
LA GRAN ESTRATEGIA DE CHINA EN LA ERA DE XI JINPING: FACTORES DETERMINANTES Y TRAYECTORIA	129
ALEJANDRA PEÑA GONZÁLEZ	
LAS NOCIONES DE ROCA, ISLA, INSTALACIÓN, ESTRUCTURA E ISLA ARTIFICIAL EN LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE DERECHO DEL MAR	169
M ^a DOLORES BOLLO AROCENA	

NOTAS

AVANCES HACIA UN ESPACIO EUROPEO DE JUSTICIA DIGITALIZADO	211
NURIA MARCHAL ESCALONA	
EL RESURGIR DEL CRIMEN DE GENOCIDIO ¿‘OPORTUNIDAD PERDIDA’ DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA EN SUS ÓRDENES DE MEDIDAS PROVISIONALES CONTRA ISRAEL?	243
SARA CALLES GÓMEZ	
EL RETORNO AL CONCEPTO CLÁSICO DE PANDEMIA: EL NUEVO TRATADO DE LA OMS Y LA ENMIENDA DEL REGLAMENTO SANITARIO INTERNACIONAL	293
ANA CRISTINA GALLEGO HERNÁNDEZ	
<i>INFLUENCERS</i>, CONSEJOS INEXACTOS Y RESPONSABILIDAD EN LA ERA DIGITAL .	321
MARÍA DEL CARMEN CHÉLIZ INGLÉS	
LA NORMALIZACIÓN DE RELACIONES CON EL GOBIERNO DE SIRIA Y SU EFECTO SOBRE LA POLÍTICA EXTERIOR DE LA UNIÓN EUROPEA	345
JOAN-MARC FERRANDO HERNÁNDEZ	
UE Y OTAN: PROVEEDORAS DE SEGURIDAD DESTINADAS A COOPERAR	373
ANA SÁNCHEZ-COBALEDA	

CRÓNICAS

CRÓNICA DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO	407
POR C. QUESADA ALCALÁ, E. M. RUBIO FERNÁNDEZ, M. GARCÍA CASAS, J.J. LASO PÉREZ, D. GONZÁLEZ GRECO Y E. JIMÉNEZ PINEDA, A. M. ALDAZ CASANOVA, J. HELLMAN MORENO, M. E. SALAMANCA AGUADO, Y A. D. ARRUFAT CÁRDAVA	
COORDINADA POR E. M. RUBIO FERNÁNDEZ Y M. GARCÍA CASAS	
CRÓNICA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO	461
POR U. BELINTXON MARTÍN, C. I. CORDERO ÁLVAREZ, M. GONZÁLEZ MARIMÓN, P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS Y M. VINAIXA MIQUEL,	
COORDINADA POR B. AÑOVEROS TERRADAS	
CRÓNICA DE LA POLÍTICA EXTERIOR ESPAÑOLA (MAYO – OCTUBRE 2024)	505
VICTORIA RODRÍGUEZ PRIETO Y MONTSERRAT PINTADO LOBATO	

RECENSIONES

BARBÉ IZUEL, E. Y MARTÍN MARTÍNEZ, M.M. (DIRS.), LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES EN UN ORDEN INTERNACIONAL EN TRANSICIÓN, ARANZADI, LAS ROZAS (MADRID), 2024	517
ANTONI PIGRAU SOLÉ	
BELINTXON MARTÍN, U., NUEVAS REALIDADES NORMATIVAS Y RETOS ACTUALES DEL DERECHO DEL TRANSPORTE INTERNACIONAL POR CARRETERA, ARANZADI, MADRID, 2024	525
LORENA SALES PALLARÉS	
BENEYTO, J.M. Y JIMÉNEZ PIERNAS, C. (DIRS.) Y GALIMBERTI DÍAZ-FAES, S. (COORD.), DERECHO DE LOS TRATADOS, TIRANT LO BLANCH, VALENCIA, 2023	529
JAVIER ROLDÁN BARBERO	
BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I., LA PERSONA FÍSICA Y SU ESTATUTO: NUEVAS PERSPECTIVAS EN LA INTERACCIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y LA LIBRE MOVILIDAD INTRA-UE, DYKINSON, MADRID, 2024	533
GLORIA ESTEBAN DE LA ROSA	
CAMPUZANO DÍAZ, B. (DIR.), DERECHO DE FAMILIA INTERNACIONAL EN UN CONTEXTO DE CRECIENTE MIGRACIÓN: CUESTIONES VINCULADAS CON EL REGLAMENTO 2019/1111, ARANZADI, PAMPLONA, 2024	539
ISABEL LÁZARO GONZÁLEZ	
CARRIZO AGUADO, D., LA EMPRESA FAMILIAR Y SU PROTOCOLO EN EL TRÁFICO JURÍDICO EXTERNO, ARANZADI, PAMPLONA	545
NURIA MARCHAL ESCALONA	
DÍAZ LAFUENTE, J., EL SISTEMA AFRICANO DE DERECHOS HUMANOS. LA DIGNIDAD HUMANA Y LA PROTECCIÓN DE LOS COLECTIVOS VULNERABLES, LA CATA-RATA, MADRID, 2023	549
DAVID HERNÁNDEZ MARTÍNEZ	
FAGGIANI, V., LA NECESSARIA RIFORMULAZIONE DEL DIRITTO DI ASILO EUROPEO. TRA CRISI MIGRATORIA E INVOLUZIONE DEMOCRATICA, FRANCO ANGELI, COL. STUDI DI DIRITTO PUBBLICO, MILANO, 2024	553
CARMEN TIRADO ROBLES	
GONZÁLEZ GARCÍA, I. Y DEL VALLE GÁLVEZ, A. (DIRS), CEUTA Y MELILLA: LA UNIÓN EUROPEA EN LA ORILLA SUR DEL MEDITERRÁNEO. PROPUESTAS DE CON-	

SOLIDACIÓN EUROPEA PARA LAS CIUDADES, ISLAS Y PEÑONES DE ESPAÑA, EDITORIAL TLEO, GRANADA, 2023	559
CARLOS ECHEVERRÍA JESÚS	
GUTIÉRREZ CASTILLO, VÍCTOR LUIS, LA SUBJETIVIDAD INTERNACIONAL DE LA SANTA SEDE EN LA SOCIEDAD INTERNACIONAL. ESTUDIO DE SUS FUNDAMENTOS HISTÓRICOS Y JURÍDICOS, ARANZADI, 2024, CIZUR MENOR	561
MIGUEL ÁNGEL MARTÍN LÓPEZ	
LÁZARO GONZÁLEZ, I.E., CLARO QUINTÁNS, I., DÍEZ VELASCO, I. TORRES LÓPEZ, P. Y MARTÍNEZ CASTREJÓN, E., ESTUDIO JURÍDICO SOBRE INFANCIA NO ACOMPAÑADA Y SEPARADA CON NECESIDAD DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL EN ESPAÑA, ARANZADI, CIZUR MENOR (NAVARRA), 2023	563
DIANA MARÍN CONSARNAU	
OBREGÓN FERNÁNDEZ, A., NOCIÓN DE TERRORISMO INTERNACIONAL. ESTUDIO DEL MARCO JURÍDICO VIGENTE Y UNA PROPUESTA DE DEFINICIÓN CON VOCACIÓN OMNICOMPRESIVA, THOMSON REUTERS ARANZADI, CIZUR MENOR (NAVARRA), 2023	569
ANA SALINAS DE FRÍAS	
PALAZÓN GARRIDO, M. Y SÁNCHEZ LORENZO, S.A. (DIRS.), REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y REGISTRO MERCANTIL ANTE LAS SITUACIONES PRIVADAS INTERNACIONALES, ARANZADI, LAS ROZAS (MADRID), 2024	573
RAFAEL ARENAS GARCÍA	
SANTOS VARA, J., EL NUEVO PACTO DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE MIGRACIÓN Y ASILO, TIRANT LO BLANCH, VALENCIA, 2024	577
MILLÁN REQUENA CASANOVA	
SERRANO COPETE, J., LOS TESTAMENTOS DIGITAL Y ELECTRÓNICO: UNA VISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL Y COMPARADO, VALENCIA, TIRANT LO BLANCH, 2024	583
ALFONSO YBARRA BORES	
SERRANO SÁNCHEZ, L.I., LA PROTECCIÓN DE LA INFANCIA Y DE LA ADOLESCENCIA VÍCTIMA DE VIOLENCIA FAMILIAR EN LA UNIÓN EUROPEA, ARANZADI, PAMPLONA, 2024	589
MARÍA GONZÁLEZ MARIMÓN	
TORRES CAZORLA, M.I. LA MEDIACIÓN COMO MECANISMO DE ARREGLO PACÍFICO DE CONTROVERSIAS EN DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO, TIRANT LO BLANCH, VALENCIA, 2024	593
CASILDA RUEDA FERNÁNDEZ	
YBARRA BORES, A., LOS EFECTOS ECONÓMICOS DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO INGLÉS, TIRANT LO BLANCH, CUADERNOS CDNIC, VALENCIA, 2024	595
ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ	
ZERNIKOW, M., LES RÈGLES DE CONFLIT DE LOIS CONFRONTÉES AU MARCHÉ INTÉRIEUR, L'HARMATTAN, PARÍS, 2024	599
PILAR JUÁREZ PÉREZ	

TRIBUNA

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES CON UNA PARTE NEGOCIALMENTE DÉBIL: DESAFÍOS INHERENTES Y POSIBLES SOLUCIONES

PARTY AUTONOMY IN INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS WITH A WEAK BARGAINING PARTY: INHERENT CHALLENGES AND POSSIBLE SOLUTIONS

CECILIA FRESNEDO DE AGUIRRE*

A la hora de elaborar instrumentos tanto de *hard law* como de *soft law*, la doctrina y los foros de codificación se ocupan fundamentalmente de la autonomía de la voluntad en los contratos comerciales internacionales negociados o de libre discusión (*free discussion contracts*), en los que las partes negocian sus cláusulas, incluyendo la de elección de la ley aplicable al contrato y la de designación de la jurisdicción competente o, en su caso, de la sujeción a arbitraje. Ello se ve reflejado en el lenguaje utilizado tanto en normas, reglas y principios, como en artículos de doctrina, que utilizan siempre el plural: autonomía de la voluntad de las partes, elección de la ley por las partes, y expresiones similares.

En general, se excluye del régimen autonomista a los contratos con consumidores, con trabajadores, y a veces, a los contratos con asegurados, pero rara vez se presta atención a aquellos contratos cuyas partes, aun siendo comerciantes, se encuentran en situación de grave desigualdad porque una de las partes carece totalmente de poder de negociación. Ello sucede, en general, con los contratos con cláusulas estándar en todas sus variantes, contratos de adhesión, contratos con condiciones generales unilaterales impresas, contratos formularios, contratos asimétricos, *B2b contracts* y demás denominaciones. Aunque esto, por cierto, en ningún caso significa que todas las cláusulas incluidas en condiciones generales de contratos de adhesión y afines sean abusivas y, por tanto, nulas.

A los efectos de subsanar las referidas carencias o insuficiencias, el Comité Jurídico Interamericano de la OEA (CJI) abordó el tema, habiendo tenido el honor de ser designada como relatora. Y tras tres años de intenso trabajo, en el IV Período Extraordinario de Sesiones celebrado

* Cecilia Fresnedo de Aguirre es Ex catedrática de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República y de la Universidad Católica del Uruguay, habiendo dictado clase en diversas universidades extranjeras, en el Comité Jurídico Interamericano de la OEA y en la Academia de La Haya de Derecho Internacional (2015) y siendo autora de múltiples libros y artículos. En la actualidad es Directora de la Escuela de Posgrados de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, siendo asimismo Académica de Número Fundadora de la Academia Nacional de Derecho del Uruguay.

en forma virtual el 12 de diciembre de 2023, aprobó el documento titulado “La autonomía de la voluntad en los contratos comerciales internacionales con una parte negocialmente débil: desafíos inherentes y posibles soluciones. Informe y Recomendaciones de Buenas Prácticas” (disponible en <https://www.oas.org/es/sla/cji/publicaciones.asp>), documento en el que se recogen los aportes de las cancillerías y de especialistas de diversos países miembros de la OEA, brindados en reuniones organizadas por la OEA y a través de las respuestas al cuestionario circulado oportunamente, y en cuya elaboración la suscrita contó con el apoyo incondicional del Departamento de Derecho Internacional de la OEA, en especial a través de los Dres. Dante Negro y Jeannette Tramhel, a quienes la suscrita agradece. Este nuevo instrumento elaborado en el ámbito del CJI viene a complementar lo que tenemos: los instrumentos de *hard law* (Convenciones y leyes nacionales) y de *soft law* (la Guía del CJI sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas, los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, los Principios de La Haya sobre los contratos internacionales, entre otros) con que actualmente contamos.

El documento del CJI ofrece a los operadores jurídicos herramientas prácticas para manejarse con respecto a los contratos de adhesión y afines. En especial, contiene recomendaciones y posibles buenas prácticas para que los jueces y árbitros puedan determinar cuándo las cláusulas contractuales, particularmente las de elección de ley y de foro, son abusivas o excesivamente perjudiciales para la parte que se adhiere al contrato.

El informe del CJI se focaliza en las cláusulas de elección de ley y/o de juez (o árbitro) incluidas habitualmente en las condiciones generales de los contratos internacionales de adhesión celebrados entre comerciantes. No obstante, se incluyen también referencias a contratos domésticos, a contratos con consumidores, trabajadores y asegurados, entre otros, así como a otras cláusulas generalmente incluidas en los contratos de adhesión, como las de limitación o exoneración de responsabilidad. Ello se debe a que el desequilibrio en el poder de negociación –o mejor dicho, ausencia del mismo– que se da en los contratos de adhesión existe no sólo en los contratos internacionales comerciales, sino también en los domésticos, así como en los civiles.

La característica principal de estos contratos, cualquiera que sea su denominación, es que una de las partes puede establecer unilateralmente las condiciones del contrato, incluyendo la elección de ley y/o de juez (o sujeción a arbitraje), mientras que la otra, aun siendo comerciante, con experiencia y con asesoramiento profesional, no tiene más opción que adherirse a las condiciones que se le presentan o no contratar. Es lo que en la doctrina estadounidense se conoce como “*take-it-or-leave-it contracts*”. Esta situación se ve agravada en los casos en que las condiciones generales constituyen una oferta monopólica en el sector del comercio a que pertenecen.

La autonomía de la voluntad conflictual implica necesariamente un acuerdo de voluntades, por lo que lo que se cuestiona en los contratos con cláusulas estándar, de adhesión y modalidades análogas es la existencia misma del consentimiento por parte de quien se adhiere, en particular respecto de las cláusulas de elección de ley y/o de juez, incorporadas en sus condiciones generales preimpresas.

A favor de la admisión de la autonomía conflictual en los contratos de adhesión se ha dicho que aquélla es indispensable en los contratos de oferta masiva, donde resulta imposible la negociación individual de las cláusulas de cada contrato. Además, se sostiene que los comercian-

tes contractualmente débiles pueden estar a veces deseosos de aceptar los términos de los contratos de adhesión porque ello implica menores costos y mayor celeridad en la contratación, y porque hacen que las transacciones comerciales internacionales sean mucho más eficientes en términos de tiempo y dinero. Ello puede ser cierto en algunos casos, como sucede cuando las cláusulas no son abusivas y no perjudican gravemente los intereses de quien se adhiere. En tales casos, el comerciante que se adhirió probablemente recurrirá a la jurisdicción establecida en las condiciones generales, y no discutirá la ley allí establecida como aplicable al contrato.

El problema se plantea cuando, surgido el diferendo, el comerciante que se adhirió se enfrenta a una cláusula que le impone litigar en un foro que le resulta inaccesible o muy perjudicial, ya sea porque el costo de litigar en él supera el monto a reclamar o no amerita el gasto, o por otros motivos. En estos casos, aunque la utilización de cláusulas de elección de ley o de juez competente predispuestas unilateralmente haya garantizado una contratación eficiente en términos de tiempo y dinero, no garantizará una rápida y económica solución del diferendo. Existen incontables ejemplos en que se discute largamente la validez o nulidad de las referidas cláusulas, incluso en contratos de libre discusión. Dicha realidad echa por tierra también el argumento de la certeza que supuestamente brindaría la autonomía de la voluntad conflictual.

Además, por lo que respecta a la ley aplicable, es evidente que, si una de las partes puede designar unilateralmente la ley reguladora del contrato, lo normal es que elija aquella ley cuyas soluciones resulten más favorables a sus intereses (plazos de caducidad o prescripción, límites de responsabilidad, etc.). Aunque ello, claro está, no siempre es así.

Nótese que el solo hecho de que exista desigualdad en el poder de negociación o falta de negociación no invalida una cláusula de elección de ley o de juez; para que ello ocurra, la cláusula debe ir en detrimento de la parte más débil. Es al legislador primero, y al juez o árbitro cuando se llega a la etapa contenciosa, a quienes corresponde evitar abusos a este respecto. Lo que parece claro es que no se le puede dar el mismo tratamiento a las cláusulas de un contrato libremente negociado por las partes que a las cláusulas estándar de un contrato asimétrico, en particular cuando dichas cláusulas son abusivas o gravemente perjudiciales para los intereses de quien se adhiere. Hacerlo sería injusto.

En el ámbito de la OEA, hay que subrayar, coexisten diversos instrumentos convencionales que regulan la autonomía de la voluntad conflictual en materia de ley aplicable y de jurisdicción competente respecto de los contratos internacionales, aunque todos con un ámbito de aplicación espacial diferente, sin perjuicio de algunas superposiciones. Algunos de esos instrumentos prohíben la autonomía conflictual o no la admiten claramente; otros la prohíben, aunque con excepciones; en otros, sin embargo, se admite, pero siempre dentro de un marco regulador, que establece limitaciones y requisitos para que aquélla sea posible; y, finalmente, otros instrumentos la admiten, aunque se refieren sólo a algunas modalidades contractuales puntuales.

En general, el ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual por las partes, tanto respecto al foro como a la ley aplicable, está sujeto a un cierto marco regulador, unas veces más laxo y otras más estrecho.

La mayoría, por no decir todos los sistemas tanto autónomos como convencionales, excluyen algunas categorías de contratos internacionales de la facultad de las partes de elegir

el foro y/o la ley, o bien la limitan. Las exclusiones más habituales se hallan referidas a los contratos internacionales de consumo, de seguros, de transporte de mercaderías...; aunque en algunos países la referida facultad también se excluye en los contratos internacionales de agencia comercial, de franquicia, de distribución y en los relativos a la actividad minera.

La inexistencia, o en el mejor de los casos la insuficiencia de normas que contemplen la problemática objeto del documento del CJI, que se constata en la mayoría de los países y sistemas convencionales referidos en el Informe, hicieron necesaria su regulación. En general, los especialistas consultados a través del cuestionario admitieron que la legislación existente en este punto es insuficiente y debería adecuarse.

Cierto es que en los contratos comerciales internacionales de adhesión el comerciante que se adhiere se encuentra en una situación idéntica, o al menos muy similar o equivalente, a la del consumidor que se adhiere, ya que en ninguno de los dos casos el adherente puede negociar las condiciones unilaterales establecidas por la otra parte. Pero también lo es que no todos los sistemas jurídicos admiten una extensión de las normas de protección del consumidor a los comerciantes.

Sintéticamente, el Informe que comentamos pretende complementar los mecanismos generales ya existentes para evitar abusos de la parte contractualmente fuerte sobre la débil (las normas de policía, de aplicación inmediata o necesaria, la excepción de orden público internacional y el fraude a la ley), así como las escasas normas especiales que sobre el tema cabe encontrar, por entender que se trata de protecciones insuficientes. Sus recomendaciones y sugerencias (que están en concordancia con la Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas de la OEA, que fue publicada en 2019 y cuyo relator fue el Prof. Dr. José A. Moreno Rodríguez) pueden ser utilizadas para interpretar las escasas normas específicas existentes y, particularmente, en ausencia de normas que se refieran a contratos comerciales internacionales asimétricos.

Las recomendaciones que en el mencionado Informe se recogen son un total de nueve, que paso brevemente a exponer:

Recomendación 1. Existencia y validez del consentimiento de ambas partes del contrato.

“Se recomienda que las cláusulas de elección de ley y/o juez hayan sido consentidas de manera efectiva y válida por todas las partes del contrato. Se recomienda que el juez o árbitro constatare en cada caso concreto y de acuerdo a las circunstancias del caso la existencia o no de los elementos de validez del consentimiento de ambas partes respecto de la cláusula de elección de ley y/o juez”.

Recomendación 2. Documentación del acuerdo expreso de elección de ley o de juez y cargada la prueba del consentimiento.

“Se recomienda que el acuerdo expreso de elección de ley o de juez se documente por escrito o por cualquier otro medio de comunicación que pueda ser accesible para su ulterior consulta. La carga de la prueba de que existió consentimiento libre por ambas partes corresponde a la parte que redactó el contrato de adhesión”.

Recomendación 3. Interpretación general de las cláusulas de elección de foro y/o ley incluidas en contratos de adhesión o equivalentes.

“Se recomienda que, al interpretar las cláusulas de elección de foro y/o ley incluidas en contratos de adhesión o equivalentes, se tenga en cuenta que los sistemas autonomistas han sido diseñados para regular contratos paritarios o de libre discusión, y se recurra, cuando se entienda necesario, a los mecanismos que ofrece el Derecho Internacional Privado (excepción de orden público internacional, excepción de fraude a la ley, normas de aplicación necesaria, etc.) para mitigar las posibles injusticias o desequilibrios que se podrían derivar de la aplicación del sistema autonomista pleno a los contratos de adhesión o equivalentes”.

Recomendación 4. Interpretación específica de las cláusulas de elección de foro incluidas en contratos de adhesión o equivalentes.

“Se recomienda que las cláusulas de elección de foro incluidas en contratos de adhesión que impidan o dificulten el acceso a la justicia a la parte que adhiere, no sean consideradas oponibles a este último”.

Recomendación 5. Aceptación de la cláusula de elección de foro incluida en contratos de adhesión o equivalentes por la parte que adhiere.

“Se recomienda que las cláusulas de elección de foro incluidas en contratos de adhesión sean consideradas válidas y ejecutables cuando la parte que adhiere las acepte expresamente. En este caso, quien redactó las condiciones generales del contrato no podrá oponerse a dicha aceptación y a la aplicación de la respectiva cláusula”.

Recomendación 6. Interpretación específica de las cláusulas de elección de ley incluidas en contratos de adhesión o equivalentes.

“Se recomienda que no se les reconozca eficacia a las cláusulas de elección de ley incluidas en contratos con cláusulas estándar o de adhesión que favorezcan a quien emitió unilateralmente las condiciones generales en las que la cláusula fue incluida, perjudicando a la parte que adhiere, a menos que la parte que adhiere acepte expresamente la aplicación de dicha ley. En caso de duda, las referidas cláusulas deberían ser interpretadas *contra proferentem*”.

Recomendación 7. Justicia sustantiva en el caso concreto.

“Se recomienda que el juez (o árbitro) rechace la aplicación de cualquier cláusula de elección de ley (o juez) inserta en las condiciones generales de un contrato comercial internacional de adhesión, si aplicarla resultara en una situación desequilibrada o manifiestamente adversa para quien adhiere”.

Recomendación 8. Leyes de policía, de aplicación inmediata o necesaria.

“Se recomienda que en ningún caso las cláusulas de elección de foro o de ley incluidas en contratos comerciales internacionales de adhesión o asimétricos constituyan un impedimento para la aplicación de las disposiciones imperativas del foro. Se sugiere que se tomen en cuenta también las disposiciones imperativas de otros foros con los cuales el contrato tenga vínculos relevantes a criterio del juez actuante”.

Recomendación 9. Orden público internacional.

“Se recomienda que en ningún caso se les reconocerá eficacia a las cláusulas de elección de foro o de ley incluidas en contratos comerciales internacionales de adhesión o asimétricos cuya aplicación sea manifiestamente incompatible con el orden público internacional del foro”.

Es de esperar que el Informe y las Recomendaciones de Buenas Prácticas del CJI respecto a la autonomía de la voluntad en los contratos comerciales internacionales con parte negocialmente débil acabe siendo de utilidad para todos los operadores del Derecho y contribuya a alcanzar soluciones más justas en la contratación comercial internacional.

TRIBUTO
AL DR. ORIOL CASANOVAS Y LA ROSA

Con ocasión del fallecimiento del Dr. Oriol Casanovas y la Rosa, el Consejo de Redacción de la Revista Electrónica de Estudios Internacionales quiere rendir tributo a su figura a través de la publicación de una semblanza de su persona realizada por sus discípulos de la Universidad Pompeu Fabra y del trabajo inédito que remitió a la revista antes de su fallecimiento.

IN MEMORIAM
ORIOL CASANOVAS Y LA ROSA (1938-2024):
UN PENSADOR LÚCIDO, UN MAESTRO, UN AMIGO

CATERINA GARCÍA, ÁNGEL J. RODRIGO, SÍLVIA MORGADES,
JOSEP IBAÑEZ Y PABLO PAREJA
Profesores de Derecho internacional público y Relaciones internacionales
Universitat Pompeu Fabra

I

Oriol Casanovas y La Rosa, catedrático de Derecho internacional público y Relaciones Internacionales, falleció el pasado día 23 de septiembre de 2024 en Barcelona a los 86 años. Discípulo de dos de los más grandes iusinternacionalistas españoles del siglo XX, Adolfo Miaja de la Muela y Manuel Díez de Velasco, fue profesor en varias universidades españolas.

Oriol Casanovas inició su carrera universitaria en la Universidad de Barcelona en 1960 de la mano del profesor Díez de Velasco. En 1966, como él mismo afirmaba sin ironía alguna, tuvo la fortuna de ser expulsado de dicha universidad por razones políticas junto con sesenta y siete profesores más. La fortuna consistió en la posibilidad de poder concentrarse en la terminación de su tesis doctoral y, sobre todo, gracias a la intervención de Díez de Velasco, en pasar tiempo en la Universidad de Valencia junto al profesor Adolfo Miaja de la Muela: “Su magisterio me dejó una profunda huella no sólo en el terreno profesional. En primer lugar, porque Don Adolfo representaba una solución de continuidad con la Universidad anterior a la Guerra civil. Su anecdotario sobre colegas que le precedieron y coetáneos suyos era riquísimo, pero sobre todo traducía la continuidad de la institución universitaria por encima de los vaivenes políticos que tanto a él como a mí -salvadas sean todas las distancias- nos habían conducido a Valencia. Por otro lado, en sus conversaciones abordaba también temas de Derecho internacional y sabía allanar el camino estableciendo un diálogo en el que el primerizo se veía tratado como un interlocutor cuya opinión le interesaba”.¹

Oriol Casanovas acompañó al profesor Díez de Velasco en los años fundacionales de la Universidad Autónoma de Madrid. En 1975 volvió a Barcelona a la recién creada Universitat Autònoma de Barcelona, de la que fue catedrático entre ese mismo año y 1982, en un contexto de fuerte contestación política en que la universidad era uno de los escenarios más activos. Después, entre 1982 y 1990, ejerció su magisterio en la Universidad de Barcelona. Finalmen-

1 Oriol Casanovas, *Cincuenta años de Derecho internacional público*, Barcelona, s.e., 2008, p. 4. Esta publicación del autor recoge el texto de la conferencia pronunciada en lengua catalana con ocasión de su jubilación el 2 de julio de 2008 en el acto de clausura del título oficial de postgrado de Máster en Ciencias Jurídicas, presidido por el Magfco. y Excmo. Sr. D. Josep Joan Moreso, rector de la Universitat Pompeu Fabra.

te, en 1990 se trasladó a la Universitat Pompeu Fabra, en la que desarrolló el último tramo de su carrera académica hasta su jubilación, en el año 2008. En dicha universidad, caracterizada por su singularidad y por su apuesta por la innovación pedagógica, formó el grupo de Derecho internacional público y de Relaciones Internacionales actual y contribuyó de forma decisiva a la renovación de los materiales pedagógicos para la docencia del Derecho internacional público por medio de sus obras tanto de teoría² como de materiales y casos prácticos.³ Tomando prestadas las palabras que el propio profesor Casanovas pronunció en el acto en recuerdo a D. Manuel Díez de Velasco celebrado en la Universidad Complutense de Madrid, el 17 de febrero de 2010, lo que nos caracteriza como grupo no es tanto la defensa de unas determinadas tesis doctrinales como “el reconocimiento que sus integrantes compartimos por su figura como maestro, la gratitud que sentimos por el apoyo que hemos recibido en momentos decisivos y el trato entrañable y cuasi-familiar que nos dispensaba”.

II

El profesor Oriol Casanovas fue un referente en la academia española por sus contribuciones docentes y científicas. Era un jurista que tenía un marco conceptual sólido y refinado, sensible al contexto universitario e internacional en el que desarrolló su labor, con un preciso estilo argumentativo y una gran preocupación por la condición humana tanto en las relaciones personales como en las internacionales.

Fruto de su preocupación por la condición humana fue la especialización en el Derecho internacional humanitario. Muy pronto abogó por la humanización de los conflictos armados y por la necesidad de proteger a las víctimas. Algunos de los trabajos más destacados en este ámbito fueron la lección inaugural del curso académico 1993-1994 en la Universitat Pompeu Fabra⁴ y, sobre todo, el curso que impartió en el verano de 2003 sobre “La protection internationale des réfugiés et des personnes déplacées dans les conflits armés”.⁵ La persistencia de conflictos armados en Ucrania, Oriente Medio, en varios países africanos y en Asia central y del sur, así como sus terribles efectos sobre las vidas de demasiados seres humanos, nos recuerdan la actualidad y la relevancia de dicha preocupación.

III

Ahora bien, las principales aportaciones de Oriol Casanovas como iusinternacionalista español a la ciencia jurídica internacional son su explicación de la compatibilidad de la unidad y del pluralismo en el Derecho internacional y la concepción del Derecho internacional como un derecho auténticamente *público*, que ayudan a entender y explicar el mundo de hoy.

Por un lado, adelantándose a los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, defendió que el incremento cuantitativo y cualitativo de normas jurídicas

2 O. Casanovas y A.J. Rodrigo, *Compendio de Derecho internacional público*, 12ª ed., Madrid, Tecnos, 2014.

3 O. Casanovas y A.J. Rodrigo, *Casos y Textos de Derecho internacional público*, 7ª ed., Madrid, Tecnos, 2016.

4 O. Casanovas, *De l'ajuda humanitària al dret d'ingerència humanitària*, Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, 1993.

5 O. Casanovas, “La protection internationale des réfugiés et des personnes déplacées dans les conflits armés”, *Recueil des Cours*, 2003, Tome 306, pp. 1-176.

internacionales que conforman subsistemas normativos llamados regímenes internacionales eran una manifestación del pluralismo político, social y jurídico existente en la comunidad internacional y que a la vez era posible defender la unidad formal y material del sistema jurídico internacional. Su curso y posterior monografía sobre *Unidad y pluralismo en derecho internacional público* es una buena muestra de ello.⁶

Y, por otro lado, su concepción del Derecho internacional como el ordenamiento jurídico de la comunidad internacional en el que también existe una dimensión pública tiene un mayor rendimiento explicativo de las relaciones internacionales actuales.⁷ Ahora que el orden internacional liberal liderado por Estados Unidos está en crisis (quizá final) y que algunos proponen un orden internacional iliberal, Oriol Casanovas defendió que la vuelta a Westfalia ya no tiene sentido porque en la comunidad internacional actual, aunque existan espacios westfalianos, existe también el interés público global. Postuló la existencia de intereses generales de la comunidad internacional que tienen una pluralidad de manifestaciones y que son protegidos y regulados por medio de un Derecho internacional que ya es verdaderamente *público* por dos razones. La primera porque el Derecho internacional, a pesar de todos sus problemas, supone una limitación para los más poderosos; nada más necesario y urgente en estos momentos, como los conflictos armados y las migraciones internacionales ponen de manifiesto. Y la segunda es que esta dimensión pública del Derecho internacional ayuda a proteger y regular espacios y recursos comunes globales (los fondos marinos y sus recursos minerales, la biodiversidad marina en la alta mar, los recursos pesqueros, la Antártida, etc.), a suministrar bienes públicos globales (la salud global, la estabilidad del sistema climático, etc.) y a defender valores universales (la vida, la paz, la integridad física, la prohibición de la tortura, del genocidio, del *apartheid*, etc.).⁸ Es decir, esta concepción permite defender la vida, la civilización y el planeta.

IV

Además, se preocupó y ocupó de que quienes se formaron con él entendieran que el Derecho internacional está estrechamente vinculado a las Relaciones Internacionales y defendió, como pocos, el diálogo científico entre ambas disciplinas. Fue ésta una defensa genuina, heredada de lo que él denominaba el “ensayo internacionalista” refiriéndose a un género específico precedente de los estudios de Relaciones internacionales nutrido con los trabajos de estudiosos españoles como Antonio Truyol, Antonio Poch y G. de Caviedes, Gonzalo de Reparaz, Manuel Terán, Vicente Gay, Román Perpiñá o Camilo Barcia Trelles, entre otros.⁹

6 O. Casanovas y La Rosa, “Unidad y Pluralismo en Derecho internacional público”, *CEBDI*, Vol. II, 1998, pp. 35-267; una versión revisada del curso publicada en inglés puede verse en *Unity and Pluralism in Public International Law*, The Hague, Martinus Nijhoff, 2001.

7 O. Casanovas, “La dimensión pública del Derecho internacional actual”, en N. Bouza, C. García y Á. J. Rodrigo (dirs.) y P. Pareja (coord.), *La gobernanza del interés público global*, Madrid, Tecnos, 2015, pp. 57-75

8 Esta es la concepción que subyace de forma tácita y también de forma explícita en la obra *Compendio de Derecho internacional público*, 12ª ed., Madrid, Tecnos, 2024.

9 O. Casanovas y La Rosa, “Comunidad y Sociedad como categorías de análisis de las Relaciones Internacionales”, en C. García y E. Vilariño (coords.), *Comunidad internacional y sociedad internacional después del 11 de septiembre de 2001*, Gernika, Gernika Gogoratuz/Munduan Paz y Desarrollo, 2005, pp. 9-17.

Oriol Casanovas predicó los vínculos entre las Relaciones Internacionales y el Derecho internacional público con un ejemplo comprometido y generoso, especialmente durante sus años en la Universitat Pompeu Fabra. Allí cuidó y promovió la teoría de las Relaciones Internacionales entre quienes disfrutaron de su magisterio. Lo hizo en el día a día y singularmente en algunos seminarios dedicados a temas y autores en los que el vínculo entre ambas disciplinas parecía indisociable. Recogía así las tendencias académicas que en el siglo XXI subrayaban al tiempo los condicionantes del poder en el orden jurídico internacional y la relevancia de las normas jurídicas en el comportamiento de los actores internacionales.

Esta preocupación por la creación y evolución de las normas internacionales, tan característica de las aproximaciones teóricas liberales y constructivistas posteriores al fin de la guerra fría, era para Oriol Casanovas el eco de autores clásicos del siglo XX, como Norman Angell, Martin Wight o Hedley Bull. Al mismo tiempo, algunos enfoques teóricos del realismo clásico, quizá desdeñados por las inquietudes de la posguerra fría, seguían reservando para Oriol Casanovas ideas y conceptos lúcidos y valiosos para el análisis de las transformaciones del orden internacional contemporáneo, como era el caso de los trabajos de Georg Schwarzenberger, Hans Morgenthau y, cómo no, Carl Schmitt. A este último dedicó una especial atención, como demuestra su último libro publicado, pues era un intelectual que concebía el orden internacional en la encrucijada de la política y el derecho. Muy lejos de las convicciones ideológicas schmittianas, esa concepción interdisciplinar sí era compartida por Oriol Casanovas.¹⁰

V

Oriol Casanovas fue un profesor universitario que devino maestro para sus alumnos, para sus discípulos y para sus compañeros de área, de disciplina y de las distintas universidades en las que ejerció como docente. Como profesor universitario impartía clases magistrales auténticamente merecedoras de este calificativo porque tenía un conocimiento profundo de la disciplina del Derecho Internacional Público y también de su contexto político, social y jurídico. Fue un jurista integral. La investigación en ámbitos específicos y la especialización requerían, a su parecer, un dominio de la disciplina que solo podía obtenerse con el estudio y la preparación de las clases de las diversas asignaturas del área de conocimiento con diversos manuales, en diversos idiomas, y de diferentes entornos jurídicos. La docencia era para Oriol Casanovas una tarea esencial del profesor universitario que participaba en la formación de juristas, a la vez que constituía un componente esencial de la formación del doctorando y futuro investigador. No fue un profesor como los demás, porque con él se aprendía la disciplina, cómo explicar cada tema, cuáles eran las dificultades y los abismos a los que uno se enfrentaba cuando, tras pocos años de terminar la carrera (con algún que otro máster y postgrado a nuestras espaldas) entraba en aulas repletas de estudiantes. Solo la docencia permite aprender en cada sesión la complementariedad entre el conocimiento profundo y detallado de la materia y las habilidades para su transmisión de un modo preciso, con la cadencia, el tono y el registro adecuados. Enseñó a sus estudiantes y enseñó a enseñar a sus colaboradores y discípulos, a quienes transmitió la importancia de contar con compañeros con quienes compartir quehaceres universitarios, discutir y llegar a acuerdos sobre las más variadas cuestiones como, por ejemplo, la formu-

10 O. Casanovas y La Rosa, *Carl Schmitt: pensador del orden internacional*, Madrid, Tecnos, 2022.

lación de los exámenes, de planes docentes, de las pautas de corrección, etc. En relación con esta cuestión, el profesor Casanovas consideraba que “todo examen y su corrección es una lección de humildad para el profesor”, que a menudo no alcanza a entender cómo puede ser sus estudiantes respondan de forma tan poco precisa a preguntas sobre temas que el profesor creía haber explicado brillantemente en clase. Su implicación con la Universidad pública fue siempre coherente con la vocación de servicio a la sociedad a través de la investigación y la enseñanza del Derecho.

Como profesor, Oriol Casanovas siempre tuvo interés por aprender y por incorporar a la enseñanza las mejores estrategias y materiales. Para ello, consultaba planes docentes y materiales para preparar sesiones prácticas de la asignatura de otras universidades, se interesaba por cómo se aprendía el Derecho internacional público en el extranjero y dedicaba muchos esfuerzos para preparar una docencia que estuviera al servicio del aprendizaje de todos los estudiantes. Ello implicaba suficiente flexibilidad y capacidad para satisfacer a las mentes más preparadas con contenidos y discusiones complejas, sin descuidar aquellas quizás menos avanzadas en el conocimiento, pero igualmente deseosas de aprender. Defendía que todos los estudiantes o, como mínimo, la gran mayoría deben poder acabar las sesiones docentes con el convencimiento de haber aprendido algo. Elaboró con gran dedicación materiales propios como el libro de *Casos y textos de Derecho Internacional Público*, con el que aprendieron muchas generaciones de juristas, y, más adelante el *Compendio de Derecho Internacional Público* (con el profesor Ángel J. Rodrigo). Su vocación universitaria y convicción europeísta le llevó a organizar en la facultad de derecho de la Universidad de Barcelona un Seminario de instituciones y políticas comunitarias para poder enseñar a un grupo de sus estudiantes más interesados por el Derecho internacional y el Derecho europeo el proceso de integración, la historia, las instituciones, el derecho y las políticas comunitarias, a finales de los años ochenta del siglo XX, con motivo del ingreso de España en las Comunidades Europeas. El seminario, que contaba con una veintena de sesiones (y que incluía en alguna edición la visita a las instituciones y encuentros con representantes españoles) no implicaba obtener créditos, ni mención alguna en el expediente académico, ni reconocimiento para los docentes, pero fue un regalo impagable que solo se explica por su vocación y convicción. Oriol Casanovas tenía la virtud de hacer que los temas más difíciles pareciesen asequibles, casi fáciles, y ello era el resultado de mucho estudio y reflexión sobre la cuestión de fondo y, también, sobre cómo transmitir sus elementos esenciales de forma ordenada, sin renunciar a la complejidad o esconder la falta de acuerdo doctrinal. Además, tenía el don de la contención, que trasladaba a sus escritos de forma que nada en ellos estaba de más.

VI

Oriol Casanovas era admirado también por su faceta humana y por su estilo personal. Era una persona de un trato exquisito. Afectuoso y atento en las relaciones personales, practicaba la ya poco frecuente costumbre de responder por escrito y de forma personalizada a todas las personas que le enviaban sus trabajos. Además, hacía gala de un fino sentido del humor y de un anecdotario universitario inagotable que hacían de él un excelente conversador y que lo convertían en el centro de referencia en las reuniones de colegas y amigos. Tenía una casi infinita curiosidad intelectual que le llevaba a leer trabajos, más allá del Derecho internacional y de las Relaciones internacionales, sobre literatura, pintura y arte en general. Tenía una especial sensi-

bilidad hacia la cultura catalana, sobre la que había reunido importantes colecciones de revistas culturales de diversas épocas. Uno de los rasgos que más fascinaban de Oriol Casanovas no era tanto su saber, que era muy considerable, sino sobre todo la elegancia y la pertinencia con la que hacía uso del mismo.

La desaparición de Oriol Casanovas supone la pérdida para toda la academia española de un profesor, de un intelectual lúcido y de un maestro de referencia en la doctrina del Derecho intencional público y de las Relaciones Internacionales. Además, para nosotros, se va también un caballero y un amigo generoso que, con sus palabras y sus actos, nos impulsó a ser el grupo que somos. Él aprendió de sus maestros que “la universidad es continuidad” y contribuyó de forma excelente a ello. Ahora es responsabilidad nuestra estar a la altura de su ejemplo académico y humano.

METODOLOGIA Y DOCUMENTACION EN DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO

METODOLOGY AND DOCUMENTATION IN PUBLIC INTERNATIONAL LAW

ORIOI CASANOVAS LA ROSA

*Catedrático emérito de Derecho internacional público
de la Universidad Pompeu Fabra*

SUMARIO: PRIMERA PARTE: EL MÉTODO EN DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA POSIBILIDAD DE UNA CIENCIA DEL DERECHO Y EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. 3. PLANTEAMIENTOS METODOLÓGICOS EN LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO: A) ENFOQUES METODOLÓGICOS GENÉRICOS. A) LA APORTACIÓN DE LA DOGMÁTICA. B) ENFOQUES DERIVADOS DE LOS MODELOS ESTRUCTURALES DEL DERECHO. C) LA CONTRIBUCIÓN DE LA AXIOLOGÍA. D) SOCIOLOGISMO, FUNCIONALISMO Y JURISPRUDENCIA DE INTERESES. B) ENFOQUES CRÍTICOS Y ALTERNATIVOS. A) EL ANÁLISIS DEL PENSAMIENTO TÓPICO. B) LA CORRIENTE DE LOS “CRITICAL LEGAL STUDIES”. C) LA PERSPECTIVA FEMINISTA. D) EL GIRO HACIA LA HISTORIA; 4. TÉCNICA DE INVESTIGACIÓN. 5. LA INFORMÁTICA Y LA CIENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL. SEGUNDA PARTE: DOCUMENTACIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO (SELECCIÓN). 1. DICCIONARIO, ENCICLOPEDIAS. 2. BIBLIOGRAFÍAS. 3. OBRAS DE CONSULTA AUXILIARES. 4. REPERTORIOS Y COLECCIONES DE TRATADOS INTERNACIONALES. 5. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL. 6. ARBITRAJES INTERNACIONALES. 7. COLECCIONES DE JURISPRUDENCIA INTERNA. 8. PRÁCTICA DE LOS ESTADOS. 9. PRINCIPALES PUBLICACIONES PERIÓDICAS. 10. INSTITUCIONES CIENTÍFICAS. 11. INSTITUCIONES DOCENTES. 12. BIBLIOTECAS.

PRIMERA PARTE EL METODO EN DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad la investigación del Derecho internacional ha experimentado un proceso de fragmentación en los distintos sectores en que puede dividirse el ordenamiento internacional: Derecho internacional de los Derechos humanos, Derecho internacional del medio ambiente, Derecho internacional económico, etc. Aunque cada uno de estos sectores tiene sus propias particularidades metodológicas es preciso que el investigador especializado tenga una visión del conjunto del ordenamiento. Una excesiva especialización puede producir una pérdida de la unidad del ordenamiento jurídico internacional y puede fomentar la tendencia a la “fragmentación” del Derecho internacional público como sistema normativo. Algunas de las investigacio-

nes de mayor interés tienen un enfoque transversal en las que se examinan cuestiones sobre las relaciones entre distintos sectores: Derecho internacional económico y normas de protección del medio ambiente, protección internacional de los derechos humanos y Derecho internacional humanitario, etc., Por otra parte la especialización puede inclinar a posiciones de conformismo intelectual y social al desvincular los campos de investigación del conjunto del sistema en la actual época de la globalización en la que los distintos sectores están interconectados con la consiguiente pérdida de sus relaciones recíprocas lo que impide, o en todo caso dificulta, la crítica y puede convertir al investigador en un instrumento o cómplice del poder globalizado. Las consideraciones metodológicas que siguen tratan de presentar esta perspectiva general en lo que se refiere a la investigación en Derecho internacional público como ordenamiento jurídico de la comunidad internacional.

Este estudio metodológico y documental tiene su origen en cursos de postgrado que el autor impartió a finales de la década de los años ochenta. Desde entonces tanto la doctrina como los medios tecnológicos al servicio de la investigación han progresado sustancialmente. Por consiguiente, ha sido necesario actualizar los contenidos de este estudio.

El estudio se divide en dos partes. La Primera parte está dedicada a la metodología del Derecho internacional público. En ella se parte de la consideración del Derecho internacional público como objeto de un conocimiento científico en el sentido riguroso del término. Para ello, como sucede en otras disciplinas científicas, el Derecho internacional ha adoptado distintos marcos teóricos elaborados por la doctrina que han dado lugar a un rico debate intelectual y a planteamientos críticos. A esto se añaden unas breves consideraciones sobre la técnica de investigación que pueden ser útiles para los primeros pasos de los investigadores en este campo.

La Segunda parte es una selección de la documentación en el campo del Derecho internacional público. El objetivo de esta parte es proporcionar una ayuda al investigador mediante referencias bibliográficas que le faciliten el acceso a las fuentes tanto doctrinales como convencionales, jurisprudenciales o documentales de la práctica internacional de los Estados. Aunque se hace referencia a las fuentes documentales de las principales organizaciones internacionales sólo están relacionadas las que tienen especial relevancia desde el punto de vista general y no se mencionan las organizaciones de integración como la Unión Europea. Como es lógico el investigador no tiene a su disposición el conjunto de dichas publicaciones documentales de Derecho internacional público a su alcance en las bibliotecas o centros en los que realiza su tarea, pero a través de los medios digitales actuales puede acceder a su consulta. Para ello se indican las referencias que le pueden ayudar a su acceso

El término “método” en Derecho internacional público tiene una pluralidad de significados. Christian Dominicé distingue un sentido *amplio* que se refiere a los métodos seguidos para la puede partir de distintos adquisición de un conocimiento científico del sistema jurídico internacional y un sentido más *estricto* que trata de los métodos para determinar la existencia de normas o reglas de Derecho internacional.¹ Desde una perspectiva que denomina “material y dinámica” Antonio Ortiz-Arce de la Fuente distingue en el método de Derecho internacional distintos pla-

1 Christian Dominicé, “Methodology in International Law », *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 7, Amsterdam *et al.*, North Holland, 1987, p. 334.

no: a) un plano de análisis y construcción en el que se recurre a categorías de clasificación de los Estados en función de sus diferencias sociales, económicas, situación geográfica, etc.; b) el recurso a la vía interdisciplinaria en la génesis de las normas internacionales; c) el plano de la normación en función de la mayor o menor relatividad de las reglas y d) el plano de la aplicación en función de los objetivos de cambio para la mayor eficacia económica y social de las reglas.² Acercándose a una definición del método desde una perspectiva más tradicional y generalmente admitida Manuel Pérez González distingue entre el método de *elaboración* del Derecho que se refiere a las fuentes del Derecho; el método de *investigación* del Derecho que alude al proceso de conocimiento o de construcción y comprensión del Derecho, que es el significado más usual y aceptado del término; el método de *aplicación* del Derecho que se refiere a su aplicación judicial y que incluye el aspecto de la interpretación de las normas y textos internacionales y, por último el método de *enseñanza* referente a la docencia del Derecho internacional.³

Aunque se pueden establecer conexiones e interferencias entre los procesos de creación normativa, investigación y aplicación del Derecho, éstos son procesos sustancialmente distintos. La creación normativa hace referencia a lo que se conoce como las fuentes del Derecho del Derecho internacional o más precisamente a los medios de identificación y cambio de las normas internacionales. La aplicación del Derecho internacional comprende aspectos como la determinación del contenido de las normas (interpretación), los medios para resolver las lagunas, los mecanismos para asegurar su eficacia (*enforcement*). Estos son procesos que se refieren al contenido material de las normas internacionales y son distintos de los medios de investigación del Derecho. En las páginas que siguen se tratará del método científico para el conocimiento del Derecho internacional aunque sin renunciar a las posibles relaciones que se puedan establecer entre los distintos procesos.

II. LA POSIBILIDAD DE UNA CIENCIA DEL DERECHO Y EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Está muy extendida la duda de que el Derecho en general -no sólo el Derecho internacional público- pueda ser objeto de un conocimiento científico. Este escepticismo e incluso negación respecto de la posibilidad de que el Derecho pueda ser objeto de una ciencia alcanzó su punto culminante con el desarrollo logrado por el “cientifismo” durante el siglo XIX. El “cientifismo” veía en la ciencia el camino para resolver los problemas humanos y sociales del mundo. Dicho camino se basaba en el desarrollo de las ciencias fundadas en la experimentación y dotadas de leyes rigurosas. Al profundizar el estudio de la naturaleza y conocer sus leyes constantes el hombre adquiriría un dominio en su entorno que le permitiría resolver los problemas en que se debatía, que eran simple producto de su ignorancia. Las Ciencias eran la verdadera clave del progreso y merecían dicho nombre aquellas que ayudaran a la realización

2 Antonio Ortiz-Arce de la Fuente, “Consideraciones metodológicas en Derecho internacional público (II)”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, Núm. 61, pp. 78-91

3 Manuel Pérez González, “Observaciones sobre la metodología jurídico-internacional: Método, evolución social y *Law making* en Derecho internacional público”, *Liber Amicorum en homenaje al Prof. Dr. Luis Tapia Salinas*, Madrid, 1989, p. 229.

de este programa: la Física, la Química, Biología, la Geología, etc. Estas disciplinas merecían la calificación de Ciencias porque mediante la acumulación de hechos e investigaciones era posible algo esencial en el objetivo trazado por el “cientifismo: el progreso. Los resultados obtenidos por investigaciones anteriores eran la base de nuevas investigaciones que permitían el descubrimiento de nuevas leyes.

La negación del carácter científico del conocimiento del Derecho tuvo su más acusado representante en Kirschmann. En su célebre conferencia, publicada en 1848, con el revelador título *La falta de valor de la jurisprudencia como ciencia* decía: “los juristas se ocupan, sobre todo, de las lagunas, los equívocos, las contradicciones de las leyes positivas; de lo que ellas hay de falso, de anticuado, de arbitrario. Su objeto es la ignorancia, la desidia, la pasión del legislador. Por obra de la ley positiva, los juristas se han convertido en gusanos que sólo viven de la madera podrida; desviándose de la sana establecen su nido en la enferma. En cuanto la ciencia hace de lo contingente su objeto, ella misma se hace contingencia; tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura”⁴

Este planteamiento dejaba en una posición precaria los conocimientos humanos que no eran observables y cuantificables. Como consecuencia de esto aparecen ciencias que no tienen por objeto el reino de la Naturaleza pero que se esfuerzan en aplicar los métodos científicos desarrollados en estos campos del saber a hechos sociales. Esto es lo que se propuso, por ejemplo, Emile Durkheim con la Sociología.

En el ámbito del Derecho el influjo del “cientifismo” se tradujo en una doble reacción. Por un lado, hubo quienes postularon un conocimiento lo más objetivo y neutral posible de las leyes. Es el enfoque que adoptó en Francia la llamada “Escuela de la exégesis”, para cuyos seguidores el conocimiento científico del Derecho exigía basarse en algo objetivo. Para dicha escuela la base objetiva era la ley escrita y la totalidad del Derecho positivo se identificaba por completo con toda la legislación. La crítica de Kirschmann apunta directamente al planteamiento metodológico adoptado por la escuela de la exégesis que concreta la labor del jurista en el análisis de la ley escrita, pero ¿realmente el jurista se limita estudiar simplemente las distintas disposiciones legislativas?

La otra reacción consistió en reivindicar un carácter científico específico para las ciencias no naturales, basado en sus particularidades de objeto y método de conocimiento, sobre los que no se debían proyectar los esquemas propios de las ciencias naturales. Así se introdujo la distinción, desarrollada por los filósofos neokantianos, entre ciencias de la naturaleza y ciencias del espíritu o de la cultura como ámbitos distintos del conocimiento. De acuerdo con este planteamiento el Derecho tendría otro objeto y otros métodos distintos de las ciencias de la naturaleza, pues no se ocuparía del mundo físico ni se basaría en la experimentación, pero tendría un carácter científico propio compartido con las otras ciencias culturales.

La crítica de la escuela de la exégesis fue realizada en Francia principalmente por François Gény. Para este autor en el Derecho hay dos componentes: lo dado y lo construido. Los ju-

4 H.J. von Kirchmann, *La jurisprudencia no es ciencia*. trad. esp. y escrito preliminar de A. Truyol y Serra, 2ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, p. 54.

ristas, por una parte, buscan la regla jurídica en un examen objetivo tal como se deduce de la “naturaleza social” y, a ser posible, en estado bruto, lo cual constituye el elemento dado que hay en el Derecho. Por otra parte, partiendo de los elementos dados naturales, los juristas tratan de aplicarlos, transformándolos o suavizándolos, de forma que queden modelados sobre las necesidades mismas del orden jurídico, al que están destinados. El resultado de esta labor “artificial” constituye lo que hay de construido en el Derecho. Esta dualidad de elementos permite a Gény adoptar la distinción entre “Ciencia” y “técnica” proyectándola sobre estos dos tipos de actividades. La “ciencia” consistiría en “una elaboración de las cosas del derecho, ejercida sin artificios, tendente a constatar la objetividad fáctica de toda “ciencia verdadera”. La “técnica”, que se desarrollaría en la labor de construcción del Derecho, consistiría en “el esfuerzo especial, y en cierto modo profesional, que se trata con esto de individualizar y que adopta, en el orden jurídico, un relieve sorprendente y también una importancia considerable”⁵ Desde el momento en que escribía Gény se ha enriquecido mucho la reflexión filosófica sobre la ciencia y el conocimiento científico,⁶ pero en Gény se encuentran los elementos necesarios para una discusión, si quiera sea a un nivel muy somero, de la posibilidad de una ciencia del Derecho. Las nociones de lo “dado” y lo “construido” de “ciencia” y “técnica” pueden ser adoptadas como punto de partida, si se prescinde de los presupuestos “cientifistas” y otras corrientes filosóficas que gravitan en el pensamiento, en su época enormemente fecundo, de François Gény.

La crítica de Kirchmann tenía su parte de razón debido a que la ciencia del Derecho no puede tener por objeto exclusivo la legislación. Las leyes evidentemente cambian, incluso quizás con excesiva celeridad, pero a pesar de los cambios muchas leyes tienen una antigüedad bastante grande. Sobre estas leyes y sobre la forma en que se han aplicado los juristas han elaborado desde siglos un lenguaje, unas técnicas de razonamiento, unas categorías de comprensión que tienen una permanencia muy superior a las leyes concretas en que se han basado para desarrollarlos. Ángel Latorre ha destacado la importancia que tiene esta persistencia de una tradición doctrinal en la posibilidad de un conocimiento científico del Derecho, dado que “por radicales que sean los cambios legislativos siempre son aplicables los hábitos mentales, los usos terminológicos, el lenguaje técnico configurado por esa tradición doctrinal. Precisamente en la preparación de esa *forma mentis*, en la práctica de esos métodos y en el dominio de ese lenguaje consiste la auténtica formación jurídica, más que en el conocimiento concreto de estas o aquellas normas legales”⁷ Esto no quiere decir que la ciencia del Derecho consista exclusivamente en determinados modos de razonamiento y en un lenguaje especializado, su objeto está constituido también por las leyes, las normas jurídicas concretas y el ordenamiento jurídico en cuanto totalidad. Aquí hay que hacer una observación sencilla pero que a veces se olvida: el Derecho en cuanto tal, el ordenamiento jurídico, no es ninguna ciencia. El Derecho

5 F. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, Vol. I, Paris, s.d., pp. 98-99.

6 Con apoyo en los planteamientos de Mario Bunge sobre el conocimiento científico Joan Piñol considera la ciencia del Derecho internacional como un “conocimiento preteórico”, Joan Piñol i Rull, “La categorización de la ciencia el Derecho como conocimiento preteórico: Consecuencias para el profesor de Derecho internacional público,” *Hacia un nuevo orden internacional y europeo, Estudios en homenaje al Profesor Manuel Díez de Velasco*, Madrid: Tecnos, 1993. Pp. 587-603.

7 A. Latorre, *Introducción al Derecho*, Barcelona, Ariel, 1968, p. 122.

es el objeto de una ciencia: la ciencia jurídica. Un ilustre jurista decía gráficamente que el Derecho no era ninguna ciencia del mismo modo que tampoco era una ciencia un elefante; lo que son ciencias son la zoología y la ciencia del Derecho o ciencia jurídica.

La ciencia del Derecho tiene por objeto el conocimiento tanto de las leyes, las normas, el ordenamiento jurídico –lo que se podría denominar como “lo dado”, asignándole un contenido distinto del que le atribuyera Gény– como también tiene por objeto el empleo y desarrollo de las técnicas, hábitos intelectuales, lenguaje, métodos de razonamiento y categorías intelectuales utilizadas por los juristas que, en consonancia, se podrían denominar “lo construido”. Si las leyes concretas o las normas están sujetas a cambios no por eso su individualización y determinación en su proceso de aplicación a un caso concreto son menos posibles. Los ordenamientos jurídicos son mucho más duraderos que las normas concretas que los constituyen y “lo construido” todavía goza de una permanencia todavía aún mayor. Conjugando los conceptos de constancia y fugacidad Karl Larenz ha dicho: “La ciencia del Derecho se ocupa, tanto de lo fugaz como de lo (más o menos) constante; y se ocupa de lo constante en lo *fugaz*, es decir: de la idea en la multitud de sus constantes manifestaciones. Su objeto es tanto lo especial —es más lo individual: la decisión (por lo menos una decisión ‘defendible’) *de este* caso determinado—, como lo general: el tipo, el instituto jurídico, la idea jurídica general, la conexión de sentido de una regulación”.⁸

La ciencia del Derecho abarca, por lo tanto, lo dado como lo construido. Entonces ¿qué papel desempeña la técnica en el Derecho? La técnica cabe configurarla en el Derecho ejerciendo dos funciones. En primer lugar, el Derecho tiene un aspecto técnico en la medida en que es instrumento para conseguir determinados resultados. A nivel general el Derecho en su conjunto es una técnica, un mecanismo, para conseguir la solución de los conflictos de intereses (función satisfactiva) y la pacificación, a eliminación del uso individual de la violencia y de la fuerza física (función pacificadora)⁹ En segundo lugar, el lenguaje, los modos de razonamiento, hábitos de pensamiento, etc. también son técnicas o instrumentos técnicos considerados individualmente. De ahí que la ciencia del Derecho no pueda considerar ni las normas, ni los modos de razonamiento como absolutos, sino como instrumentos técnicos, que tienen una validez funcional. Esto es lo que hace que la ciencia jurídica -si no quiere amputarse a sí misma una de sus actividades más importantes- pueda ser, deba ser, una ciencia *crítica*.

Desde esta perspectiva se comprende que el Derecho internacional público si no es una ciencia en sí mismo, en cuanto ordenamiento jurídico, pueda ser objeto de conocimiento por la ciencia jurídica. Al ser un ordenamiento jurídico distinto de los Derechos estatales presenta características específicas. El papel “lo dado”, de las normas escritas, ocupa un lugar menos destacado que en los Derechos estatales, y “lo construido” tiene un relieve comparativamente mucho mayor. Por eso es muy inexacta la frase de Hall contenida en una nota a pie página y que, a pesar de sus oscuros orígenes, ha sido abundantemente citada: “no hay lugar para los refinamientos de los tribunales en la burda jurisprudencia de las naciones”¹⁰ El Derecho inter-

8 K. Larenz, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. esp. E. Gimbernat Ordeig, Barcelona, 1966, pp. 20-21.

9 L. Díez Picazo, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1973, pp. 18-20.

10 W. E. Hall. *A Treatise on International Law*, 8ª ed. a cargo de A. Pearce Higgins, Oxford, 1924, p.395

nacional desarrollado al amparo de la rica tradición jurídica iusnaturalista y apoyado desde sus orígenes por las aportaciones del Derecho romano es muy pronto objeto de la ciencia jurídica. Sus orígenes relativamente modernos, sobre todo si los comparamos con los del Derecho civil, no son obstáculo para ello, porque a la especificidad de su objeto se une la inserción en una tradición científica mucho más antigua y elaborada. Es bastante exagerada la pretensión que han tenido los cultivadores de una determinada rama del Derecho en convertirla en una ciencia autónoma. Existen, ciertamente, peculiaridades técnicas y características específicas en muchas de ellas, pero no creo que ninguna de ellas autorice seriamente a que pueda hablarse de una Ciencia del Derecho civil o una Ciencia del Derecho procesal, por ejemplo, como algo distinto de la ciencia del Derecho. Tampoco, por supuesto, de una ciencia del Derecho internacional en tanto que ciencia autónoma. El único sentido ajustado de esta expresión sería, a mi juicio, la ciencia del Derecho aplicada al ordenamiento internacional.

El internacionalista, lo mismo que los demás juristas e incluso el resto de los científicos, realiza su trabajo en tres planos distintos pero que guardan íntima conexión entre sí: uno es el plano de la descripción; otro, el plano de la explicación y sistematización; el tercero, es el plano de la operatividad y aplicación a la realidad. Elías Díaz, centrando esta triple función en el mundo de las normas jurídicas, dice que el trabajo del jurista puede diferenciarse en estos tres aspectos: “a) trabajo de localización de las normas válidas utilizables para el tratamiento de un caso concreto; b) trabajo de interpretación de las normas, de conexión de normas para la construcción de instituciones y conceptos jurídicos fundamentales, y de sistematización de unas y otras normas e instituciones- en un todo coherente de carácter general; e) trabajo, finalmente, de aplicación de las normas, para la resolución de casos concretos de la vida real y para la implantación de un cierto sistema de valores en una determinada sociedad”.¹¹

La función propia de la ciencia jurídica ha sido la explicación y sistematización del Derecho. Desde el ámbito del Derecho internacional público hay que plantearse ¿En qué medida los métodos de la Ciencia jurídica son aplicables al Derecho internacional? ¿Pueden contribuir otros métodos de las ciencias sociales a un mejor conocimiento y desarrollo de la ciencia del Derecho internacional?

III. PLANTEAMIENTOS METODOLÓGICOS EN LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA DEL DERECHO INTERNACIONAL

La Ciencia jurídica moderna ha conocido diversas polémicas metodológicas que han contribuido a su enriquecimiento y desarrollo. A veces las posiciones de los internacionalistas respecto al método se han mezclado con las concepciones sobre el fundamento del Derecho internacional o con las fuentes del Derecho del ordenamiento internacional. Se trata de cuestiones distintas que conviene analizar separadamente. En un sentido más preciso el método se entiende generalmente como “la aplicación de un aparato conceptual o marco –una teoría del Derecho internacional– a los problemas concretos a los que se enfrenta la comunidad internacional”¹² El método en De-

11 E. Díaz: *Sociología y Filosofía del Derecho*, Madrid, 1971, p. 70

12 Steven R. Ratner y Anne-Marie Slaughter, « Apprising the Methods of International Law : A Prospectus for Readers », *American Journal of International Law*, Vol. 93, 1999, p. 292.

recho internacional se entiende, como sucede en otros ámbitos de las ciencias sociales, como el *marco teórico* que los internacionalistas adoptan para desarrollar sus investigaciones. A veces este marco teórico es asumido conscientemente, otras sin plena conciencia del mismo por cada investigador, como sucede con el marco teórico del positivismo jurídico en sus diversas variantes que goza de una aceptación general. En otros autores es un marco personalmente diseñado para desarrollar sus propias investigaciones y que proponen como vía para iluminar perspectivas nuevas o escasamente percibidas del ordenamiento internacional.

Al exponer los diversos métodos utilizados por los internacionalistas no se pretende ofrecer un catálogo para que cada internacionalista elija aquel que le parezca mejor o más idóneo para el desarrollo de su investigación. En la investigación jurídica es posible combinar varios enfoques metodológicos respecto de un mismo problema (estudios *pluridisciplinarios*) o examinar varios problemas que se presentan enlazados desde la perspectiva de diversas disciplinas o marcos teóricos distintos (estudios *multidisciplinarios*). En el orden práctico también habrá que tener en cuenta la naturaleza y finalidad de cada estudio jurídico. No es lo mismo la realización un informe en el ámbito judicial o de asesoramiento técnico en el que se impone un método positivo, que un informe destinado a una ONG en el que cabe introducir consideraciones morales o políticas o un estudio académico en el que el jurista tiene mayor libertad de elección para adoptar un marco teórico más personal.

A) Enfoques metodológicos genéricos

A) LA APORTACIÓN DE LA DOGMÁTICA

Durante mucho tiempo se ha identificado la ciencia del Derecho con el método dogmático. Elaborado y desarrollado por los grandes juristas alemanes de finales del siglo XIX el método dogmático perseguía la construcción y sistematización de conceptos jurídicos. La dogmática jurídica es “el ámbito de la Ciencia jurídica dedicado a la interpretación y sistematización de las normas jurídicas.”¹³ Basándose en el estudio de las leyes positivas se pretendía elaborar conceptos jurídicos generales, tales como propiedad, contrato, herencia, etc. que tuvieran validez general con independencia de cualquier sistema jurídico particular. En el ámbito internacional se podría hacer referencia a los conceptos de Estado, tratado, territorio, sucesión de Estados, representación del Estado, etc. Estos conceptos adquirirían una naturaleza suprallegal y, en cierto modo, abstracta. La dogmática jurídica partía del presupuesto positivista de “aislamiento” de un sector de la realidad, en su caso concreto del Derecho, como punto de partida para hacer posible una investigación “científica” del mismo con independencia de otros sectores en los que el Derecho está inmerso. La investigación jurídica parte de la “autonomía” del Derecho como sistema normativo y la investigación adopta una perspectiva de análisis puramente interna centrada en las conexiones normativas con independencia de la consideración de factores sociales, económicos o políticos, etc. Esta exclusión de sectores de realidad es una característica tan importante del método dogmático como su técnica de razonamiento de construcción de conceptos.

13 *Dictionnaire encyclopédique de la théorie et de la sociologie du droit*, A.J. Arnaud (dir.), Paris : LGDJ / Bruxelles : Bruylant, 1988, p.p. 106.

En el campo del Derecho internacional el método dogmático está seguido por multitud de cultivadores. Si hubiera que citar sus representantes máximos habría que referirse a Hans Kelsen y su “teoría pura” del Derecho aplicada al Derecho internacional y a Tomasso Perassi y su “dogmática jurídica”. Ambos autores comparten una común preocupación por la articulación unitaria del ordenamiento jurídico como un sistema de normas y participan también de una común opción metodológica basada en la autonomía o pureza del conocimiento de dicho sistema. En Kelsen, sin embargo, hay un predominio de la abstracción, la racionalidad, la deducción y una cierta indiferencia respecto de las soluciones posibles; en cambio en Perassi hay una mayor aproximación a los datos sociológicos, una apertura a la inducción y un mayor compromiso a en las opciones que plantea el discurso jurídico.¹⁴

a) *El enfoque deductivo*.- El método dogmático preconiza un razonamiento deductivo. El esquema básico ha sido descrito sucintamente por Castberg: “el razonamiento jurídico se caracteriza porque opera con normas, de las que se deducen conclusiones haciendo entrar el caso concreto bajo la ley general, la norma”¹⁵ En resumen se podría decir que el método dogmático se caracteriza: 1) por un presupuesto metodológico: el “aislamiento” del Derecho de otros sectores de la realidad; 2) por un programa científico: la construcción de conceptos y su sistematización y 3) por una técnica de razonamiento jurídico: la deducción.

b) *El enfoque inductivo*-. Georg Schwarzenberger ha preconizado el empleo de lo que denomina el “enfoque inductivo” (*inductive approach*) en el Derecho internacional. En su formulación teórica este enfoque presenta ciertas características que lo aproximan a una modalidad revisada del método dogmático, pero en la utilización que el propio Schwarzenberger hace del “enfoque inductivo” presenta un panorama completamente distinto. En esta contradicción radica la ambigüedad de la posición de Schwarzenberger y la dificultad de situarlo ya sea entre los positivistas remozados o entre los sociologistas “realistas”. Dado el énfasis que pone en la distinción entre *lex lata* y *lex ferenda* y la crítica que hace de los autores que denomina “eclecticos”, que combinan el método inductivo con el deductivo, el análisis social y la interpretación funcional del ordenamiento jurídico, se podría incluir el “enfoque inductivo” –al menos en el plano de la formulación teórica, que es el único que en este momento interesa– como un autor más próximo al a orientación positivista y a la escuela dogmática.

Según Schwarzenberger el enfoque inductivo se caracteriza por los cuatro rasgos siguientes:

- 1) En poner el énfasis en la existencia *exclusiva* de tres procedimientos de creación de normas de Derecho internacional (*law-creating processes*): los compromisos consensuales en el sentido amplio de la palabra, el Derecho internacional consuetudinario y los principios generales de Derecho reconocidos por las naciones civilizadas.
- 2) En establecer los medios de determinación de reglas jurídicas (*law-determining agencies*) de acuerdo con criterios racionalmente verificables.
- 3) En tener conciencia de que solo las normas de Derecho internacional son obligatorias, a menos de que existan pruebas de que un principio, derivado de la abstracción

14 O. Casanovas y La Rosa, “Tomasso Perassi (1886.1960)”, *Juristas Universales*, Tomo IV, Juristas del s. XX, Rafael Domingo (ed.), Madrid, Marcial Pons, 2004, p. p. 138-141.

15 F. Castberg, F., “La méthodologie du Droit international public”, *Rec. des Cours*, Vol. 43 (1933-I), pp.320-321.

de tales normas, ha adquirido el carácter de norma dotada de supremacía sobre las demás (*overriding rule*).

- 4) En el reconocimiento de las diferencias que existen entre el Derecho internacional aplicado en la sociedad inorganizada, en la sociedad parcialmente organizada y el de la sociedad plenamente organizada. Mientras en el primer caso el Derecho internacional generalmente es un *ius strictum*, en el segundo caso, y sobre todo en el tercero –como sucede en la sociedad mundial contemporánea con las Naciones Unidas– el Derecho internacional tiende a transformarse en un *ius aequum*.¹⁶

Cuando Schwarzenberger desciende del plano de los postulados metodológicos, cuya conexión con el positivismo es suficientemente clara, al de las tareas e la doctrina el análisis “funcional” pasa a ocupar un lugar muy destacado. Schwarzenberger preconiza que el *inductive approach* se conjuga con las posibilidad de un estudio inter-disciplinario, en el cual el punto de vista histórico, sociológico y axiológico intervengan para completar los resultados que ofrece el enfoque inductivo partiendo de los datos de la jurisprudencia y de la práctica internacional¹⁷

El enfoque preconizado por Schwarzenberger tuvo un contradictor radical en C. Wilfred Jenks. que le reprocha su conservadurismo que dificulta los cambios de orientación en la jurisprudencia internacional, el escaso papel que concede a la deducción y a la intuición en el razonamiento jurídico y los “compartimentos estancos” que establece en las tareas del internacionalista como analista del Derecho, como estudioso del trasfondo social Derecho y como reformador del Derecho¹⁸ Crítica plenamente justificada con la posición desde la posición de Jenks que preconiza un eclecticismo metódico y atribuye a la doctrina un importante papel en el desarrollo del derecho internacional.¹⁹

En la crítica al programa de la dogmática, los historicistas han visto en la dogmática una inútil tentativa de abstracción de algo tan fluido y contingente como es la realidad histórica de los sistemas jurídicos y de sus categorías. En este sentido son muy características las palabras de Francesco Calasso: “*Dogmática* es la palabra más desgraciada que posee el lenguaje del jurista. Y no es suya; conviene que no lo olvide. La ha tomado de la única ciencia que puede proclamar el dogma, verdad inmóvil: la teología, *scientia Dei*, conocimiento de una *substantia omnino immutabilis*, y por esto, según la enseñanza tomista *scientia uniformis et invariabilis*. Cómo tal concepto haya podido pasar al mundo del Derecho, experiencia completamente humana por excelencia y gobernada por la ley del movimiento, es ciertamente un gran problema”.²⁰

16 G. Swarzenberger, *The inductive approach to International Law*, London, 1965, pp. 5-6.

17 *Ibid.* pp. 43-71 y del mismo autor “El Derecho internacional en el sistema de las Ciencias Políticas”, *Revista de Estudios Políticos*, 1957, nº 91, pp 3-14.

18 C. W. Jenks, *The Prospects of International Adjudication*, London, 1964, pp 623 y ss.

19 Cf. el capítulo dedicado a “La pericia én Derecho internacional”, en C. W. Jenk, *El Derecho común. De la humanidad*, trad. esp. de M.T. Rodriguez de Arellano y revisión de M. Medina Ortega, Madrid, Tecnos, 1968, pp. 375-405.

20 F. Calasso, *Storicita del Diritto*, Milano, 1966, p. 180. En el mismo sentido B. Paradisi, *Il problema storico dil Diritto internazionale*, 2ª ed., Napoli, 1956, p. 24.

La crítica del método dogmático se ha efectuado en tres frentes característicos, como se expone. El sociologismo jurídico y el funcionalismo han impugnado su presupuesto aislacionista; el sociologismo, ha discutido su programa; los defensores de enfoques axiológicos han criticado su indiferencia respecto a los valores morales y corrientes críticas y alternativas han destacado su indeterminación o prejuicios sociales.

En todo caso, como ha puesto de relieve Luís Diez-Picazo, “los conceptos y las categorías institucionales no son dogmas sino respuestas históricamente condicionadas a grupos de problemas sociales típicos. No tienen sentido en sí mismos, sino que valen de conformidad con los resultados que funcionalmente producen o pretenden producir”²¹

B) ENFOQUES DERIVADOS DE MODELOS ESTRUCTURALES DEL DERECHO

El Derecho internacional en sus orígenes recibió, como sea indicado, muchos elementos procedentes de la tradición jurídica romanista. La transposición de conceptos y categorías procedentes del Derecho interno es un fenómeno que no ha cesado y la ciencia jurídica internacionalista todavía continúa haciendo uso de esta técnica. Las aportaciones realizadas a través de esta vía provienen tanto del Derecho privado como del Derecho público

1) *El modelo privatista.*- De acuerdo con una orientación que concibe el Derecho internacional como un Derecho esencialmente de coordinación se ha señalado una cierta analogía entre los individuos como sujetos en el Derecho interno y los Estados en el Derecho internacional. Se trata de una analogía formal que destaca el carácter privatista del ordenamiento internacional por el papel relevante que tienen los intereses individuales de los Estados. En el Derecho internacional privado el interés particular de los Estados, *ad singulorum utilitatem* según la clásica definición de Ulpiano, sobre *ad statum rei publicae spectat*. De acuerdo con este enfoque el Derecho internacional sería un Derecho privado de una categoría superior (*a Higher Private Law*). Hersch Lauterpacht analizó el Derecho internacional desde este ángulo en uno de sus primeros trabajos, señalando las limitaciones que tiene este modo de abordar el ordenamiento jurídico internacional, pero, también destacando la gran importancia que ha tenido en su desarrollo la aportación de conceptos procedentes del campo de Derecho privado.²²

La tesis que concibe el Derecho internacional como un ordenamiento atributivo de competencias representa una aportación al Derecho internacional procedente de una concepción elaborada en el ámbito del Derecho público interno. Las categorías y conceptos de Derecho público han sido aplicadas con interesantes resultados a ciertos campos del Derecho que se prestan especialmente a ellos, como es el caso de las organizaciones internacionales. Desde esta perspectiva merece destacarse la contribución de Charles Chaumont que ha señalado la trascendencia que puede tener en el campo del Derecho internacional la teoría del servicio público.²³

21 L. Diez-Picazo, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Vol. I, Madrid, Tecnos, 1970, p. 36.

22 H. Lauterpacht, *Private Law sources and analogies of International Law*, London, 1927 (reimpresión: Hamden, Conn., 1970). Cf. también M.F Furet, «L'application des concepts du droit privé en Droit international public», *R.G.D.I.P.*, 1964, pp. 887-916.

23 Ch. Chaumont, “Perspectives d’une théorie du service public à l’usage du Droit international public Contemporain”, *Mélanges Scelle*, Vol. I, Paris, 1950, pp. 115-178.

En todo caso conviene tener presente que estas aportaciones, tanto procedentes del Derecho privado como del Derecho público, constituyen elementos que provienen de otras ramas del Derecho y que se emplean en la Ciencia del Derecho internacional en virtud de un procedimiento analógico. La justificación de su empleo radica en la unidad de la ciencia jurídica, pero su aplicación al campo del Derecho internacional requiere que se opere con cautela y no se pretenda extraer deducciones y consecuencias que no se adapten a la estructura peculiar del ordenamiento jurídico internacional.

La conexión entre el Derecho internacional y los Derechos internos tiene un alcance mucho mayor que el que pueda derivarse de las aportaciones que recibas de ellos en el plano de la construcción científica y del método. El reconocimiento de que gozan los principios generales del Derecho en el Derecho internacional exige considerar las reglas e instituciones de Derecho interno desde un ángulo distinto. Desde esta perspectiva el Derecho comparado o el conocimiento de los más importantes sistemas jurídicos es esencial.²⁴

2) *El modelo constitucionalista.*- El desarrollo del orden internacional de las últimas décadas ha propiciado el planteamiento de un marco teórico “constitucionalista” del Derecho internacional. Según Anne Peters “el Derecho constitucional global (o internacional) es el núcleo de las normas que regulan la actividad política y las relaciones de la comunidad global (compuesta por Estados y otros sujetos de Derecho internacional). Es un subconjunto de reglas y principios internacionales que debido a su importancia merecen la etiqueta de *constitución*.”²⁵

El constitucionalismo parte de unos presupuestos en los que se basa su análisis del orden jurídico internacional actual:

- a) La existencia de una comunidad internacional que no se basa en construcciones teóricas o fórmulas que se encuentran en documentos oficiales, sino en valores universalizables contenidos en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Dicha comunidad internacional no es un hecho social sino que se deduce de que “es necesario estar dispuestos a conceder a las personas de otros Estados y otras culturas los mismos bienes jurídicos que cada cual se considera con derecho a exigir para sí.”²⁶
- b) Esta comunidad internacional está regida por un orden jurídico fundamental, una constitución, que constituye el elemento que otorga unidad al conjunto de normas que forman el Derecho internacional. El constitucionalismo se presenta como una respuesta teórica al fenómeno de la “fragmentación” del Derecho internacional (unitarismo del orden internacional).

24 K. Zweigter, “Rechtsvergleichung als universal Interpretations Methode”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1949/50, pp. 5.; 21; I. Seidl-Hohenveldern, “Die Rolle der Rechtsvergleichung im Völkerverrecht”, *Festschrift Verdross*, Wien, 1960, pp 253-261; L.C.Green “Comparative Law as a source of International Law”, *Tulane Law Review*, 1967,December,pp. 52-66.

25 Anne Peters, “Constitucionalismo compensatorio. Las funciones y el potencial de las normas y estructuras internacionales”, *La constitucionalización de la comunidad internacional*, Anne Peters, M.A. Aznar y J. Gutiérrez (eds), Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 212-213.

26 Christian Tomuschat, “La Comunidad internacional,” *Ibidem*, p. 118.

- c) Frente a la concepción liberal del Derecho internacional como un orden de coordinación de soberanías, el constitucionalismo se pregunta “¿qué bienes jurídicos pretende asegurar el Derecho internacional para promover un bienestar universal, material o inmaterial, que se vaya aproximando a un proyecto ideal?”²⁷ La naturaleza de la constitución internacional deriva de las especiales características de algunas de las normas más importantes y básicas que pueden ser agrupadas bajo el rótulo de “constitución internacional”. La constitucionalización se concibe esencialmente como un proceso y el objetivo de la doctrina es “hacer visible la constitución invisible de la comunidad internacional.”²⁸

El constitucionalismo puede parecer una teoría que presenta una unidad ficticia del Derecho internacional y se apoya en la presunción de la existencia de valores universales y, por lo tanto da la espalda la diversidad real de la comunidad internacional caracterizada por el pluralismo, la fragmentación del orden internacional en sectores que acentúan su respectiva autonomía y las contradicciones de intereses que pugnan en su seno.²⁹ Teniendo en cuenta la sectorialización del orden internacional cabría plantearse la cuestión de si en lugar de la afirmación de una Constitución única del orden internacional se examinara la posibilidad de un cierto pluralismo constitucional basado en una pluralidad de normas constitucionales en distintos sectores. En todo caso es una cuestión de definir el marco teórico que se debate en el seno de la corriente constitucionalista en la que hay autores que defiende un constitucionalismo pluralista que trata de integrar los elementos de diversidad, fragmentación y diversidad que existen en la comunidad internacional en un enfoque constitucionalista.³⁰

C) LA CONTRIBUCIÓN DE LA AXIOLOGÍA

La doctrina internacionalista no puede limitarse a estudiar las normas jurídicas y los factores sociales y políticos que en ellas inciden. La necesidad de comprender el papel que desempeñan los valores en el fenómeno jurídico obliga a ampliar el campo de visión. Con ello no rebasa los límites de la objetividad científica que preconizan quienes defienden la objetivación de la metodología jurídica.³¹ El Derecho es algo más que una técnica y ha de rebasar la función que le asignara el máximo representante de la exclusión de los valores en el campo científico que fue el sociólogo Max Weber. A juicio de éste, el Derecho “se limita constatar lo que es válido según las reglas del pensamiento jurídico, en parte estrictamente lógico y en parte vinculado por unos esquemas convencionalmente contruidos. Su función es la de interpretación. No

27 Bardo Fassbender, “La protección de los derechos humanos como contenido central del bien común internacional.” *Ibidem*, p. 124

28 Jan Klabbbers, “Setting the Scene », J. Klabbbers, A. Peters y G. Ulfstein, *The Constitutionalitation of International Law*, Oxford. Oxford University Press, 2009, p.4.

29 Oriol Casanovas, “La dimensión pública del Derecho internacional actual, *La gobernanza del interés público global*, XXV Jornadas de la Asociación Española de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales Núria Bouza, Caterina García, Angel J. Rodrigo (dir.) y Pablo Pareja (coord.), Madrid, Ed. Tecnos, 2015

30 Angel J. Rodrigo Hernández, El pluralismo del constitucionalismo internacional,” *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. 29, 2013, pp. 61-109.

31 I. von Munch, “Zur Objektivität in der Völkerrechtswissenschaft”, *Archiv des Völkerrechts*, 1961, pp 1-26.

responde, en cambio, a la cuestión de si si deben establecerse precisamente esas normas y no otras; solo puede indicar que si quiere obtenerse tal fin, el medio apropiado para alcanzarlo, de acuerdo con las reglas de nuestro pensamiento jurídico, es tal o cual norma”³² Pero el problema no radica en si el jurista ha de tener en cuenta los valores en su labor científica que, a mi juicio, indudablemente ha de tenerlos porque forman parte del objeto mismo de su investigación; la cuestión está en si ha de pronunciarse sobre el Derecho a partir de un determinado sistema de valores.

El enjuiciamiento crítico del Derecho desde un determinado sistema de valores es lo que se denomina *axiología jurídica*. El renacimiento tras la Segunda guerra mundial de la corriente iusnaturalista obedece, en buena parte, a esta pretensión de enjuiciar críticamente el Derecho y dotarlo de un fundamento en principios de justicia. que es sentida por muchos como una necesidad. En el ámbito del Derecho internacional ha defendido, entre otros, una metodología axiológica Ernst Sauer, quien destaca la importancia de los valores y la conexión entre el Derecho y la moral³³ Existe una razón muy poderosa en favor de esta orientación que consiste, como ha señalado Juan Antonio Carrillo Salcedo, en la “pretendida asepsia tiene, no obstante, mucho de compromiso con el orden constituido –o el desorden establecido– y en Derecho internacional parece insostenible.”³⁴ Esta orientación iusnaturalista era la posición dominante entre los internacionalistas españoles durante la segunda mitad del siglo XX. Adolfo Miaja de la Muela al referirse a los internacionalistas españoles de la segunda mitad del siglo XX decía que “si alguna nota común existe en todos ellos es la tendencia iusnaturalista con raíces en el pensamiento clásico español, conjugada con la apertura hacia las nuevas realidades.”³⁵ En la actualidad predomina un enfoque esencialmente positivista pero abierto a una perspectiva amplia que incorpora atención a los valores y a los hechos sociales, políticos y económicos del presente.

Actualmente las posiciones declaradamente iusnaturalistas son escasas pero la apertura a los valores se manifiesta mediante nuevas formulaciones. En el plano teórico destaca la posición de Thomas M. Frank con la referencia a la *fairness* (imparcialidad equitativa) como fundamento de legitimación del orden internacional y como criterio de valoración de sus normas e instituciones.³⁶ También tiene un enfoque marcadamente iusnaturalista la defensa de Antonio Cançado Trindade en favor de un nuevo *Ius Gentium*.³⁷

Quizás la manifestación más evidente y discutible de la primacía de los valores morales en el Derecho internacional actual se encuentra en la tendencia de parte de la doctrina a otorgar un valor absoluto a los derechos humanos. En Francia se denomina a esta corriente *droits-de-*

32 M. Weber, *El político y el científico*, trad. esp. F. Rubio Llorente, Madrid, 1967, p. 210.

33 E. Sauer.: “Zur völkerrechtliche Methode”, *Mensch und Staat in Recht und Geschichte. Festschrift für Herbet Kraus*, 1954, pp. 163 y ss. y “Zur Grundlegung der völkerrechtliche Methodologie”, *Acta Scandinavica*, 1963, pp. 121 y ss.

34 Juan A. Carrillo Salcedo, *Soberanía del Estado y Derecho internacional*, Madrid, Tecnos, 1969, p. 213.

35 Adolfo Miaja de la Muela, *Introducción al Derecho internacional público*, 6º ed., Madrid, Ed. Atlas, 1974, p. 693.,

36 Thomas M. Franck, « Fairness in the International Legal and Institutional System », *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, Tomo 240, 1993-III, pp. 12-465.

37 Antonio Cançado Trindade, *International Law for Humankind. Towards a New Ius Gentium*, Leiden : Martinus Nijhoff, 2010.

l'hommisme.³⁸ Sus defensores postulan incluso que el estudio de los derechos humanos constituye una disciplina independiente del Derecho internacional y consideran que la soberanía estatal es un dique que hay que rebasar en el ejercicio de la defensa de los derechos humanos. La finalidad de la defensa de los derechos humanos es muy loable pero debe reconocer los límites que establecen tanto los órdenes jurídicos estatales como el orden internacional. Se trata de un activismo en defensa de los derechos humanos que guarda un claro paralelismo con las doctrinas iusnaturalistas dado que conciben los derechos humanos de naturaleza autónoma, carentes de límites e independientes de cualquier regulación positiva. El Derecho internacional ofrece una amplia protección de la persona humana no sólo a través de convenios internacionales universales y regionales de protección de los derechos humanos, sino también de normas consuetudinarias y principios generales reconocidos en el orden internacional.

D) SOCIOLOGISMO, FUNCIONALISMO Y JURISPRUDENCIA DE LOS INTERESES

La atención a las realidades históricas, sociales y económicas en las que está inmerso el Derecho internacional ha llevado a un sector de la doctrina a insistir en la importancia que tiene dicho contexto para el conocimiento del Derecho internacional.³⁹ La obra pionera de Max Huber⁴⁰ y los estudios realizados por la escuela solidarista francesa, representada en el campo del Derecho internacional sobre todo por Georges Scelle, constituyen los primeros trabajos de importancia realizados con esta orientación. Dentro de esta línea hay que situar la obra de Charles De Visscher *Teorías y realidades en Derecho internacional público*⁴¹ que expone una visión de las relaciones entre el orden jurídico internacional y el medio social en el que opera.

El enfoque “funcional” preconizado por norteamericano Philip C. Jessup, de difícil definición según él mismo confiesa, representa también un intento de aproximación de las normas jurídicas a las formas de la actividad humana “de la que dichas reglas han nacido y tienen por objetivo ordenar”⁴² Su proyecto es amplio, ya que se trata de estudiar las normas internacionales en relación con el trasfondo de la sociedad internacional y teniendo en cuenta los datos suministrados por la ciencia política, la historia, la economía, la sociología, etc. El propio Jessup admite que se trata de una empresa de tales proporciones que es capaz de atemorizar a los más industriosos y esforzados, pero reconoce con desarmante sinceridad que “podemos considerar el método funcional sin aspirar la perfección”⁴³.

La orientación conocida con el nombre de “jurisprudencia de intereses” también presta atención a las realidades sociales en que se desenvuelven las normas y ha tenido un cierto eco en

38 Alain Pellet, « Droits-de-l'hommisme » et droit international », *Droits fondamentaux*, n°1, juillet-décembre, 2001, pp. 167-179

39 R. Yakemtchouk, “L’approche sociologique du droit international”, *R.G.D.I.P.*, 1974, pp. 5-39.

40 M. Huber, “Beitrag zur Kenntnis der soziologischen Grundlagen des Völkerrechts”, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, IV, 1910; reed. inalt. *Die soziologischen Grundrunden des Völkerrechts*, Berlin-Grunewald, 1928.

41 Ch. De Visscher, *Théories et réalités en Droit international public*, 4ª ed., Paris, Pedone, 1970.

42 Ph. C. Jessup, “Application de la methode fonctionelle au Droit international”, *Introduction a l’étude du Droit Comparé. R ecueil d ‘Etudes en l’honneur d’Edouard Lambert*, Vol. II, Paris, 1938, p. 172.

43 *Ibid.*, p. 175.

la doctrina internacionalista. Así lo confirman algunos trabajos de Kraus, Wengler y, más recientemente, de Maarten Bos⁴⁴ que se ocupan de los intereses en la vida internacional, aunque ninguno de ellos siga rigurosamente el enfoque adoptado por Heck y su escuela.

En la doctrina española Carlos Jiménez Piernas declara adoptar “un modelo sistémico de inspiración materialista” que se inscribe “dentro de una amplia corriente teórica sociológica” que considera el Derecho como un producto social.⁴⁵

El recurso al método sociológico puede borrar las diferencias entre Derecho internacional público y el estudio de la teoría de las relaciones internacionales. En un ámbito no institucionalizado como la comunidad internacional, en un ordenamiento carente de codificación en el sentido propio de la expresión y con una actividad judicial limitada, el estudio de la práctica adquiere un relieve destacado. La metodología propiamente jurídica debe ser completada por el internacionalista con un examen de las condiciones en que se desarrollan las relaciones entre los Estados, y para ello el concurso que puedan prestar otras ciencias sociales es muy grande. Michel Virally ha señalado que “el jurista debe recurrir a los métodos de otras ciencias sociales antes incluso de que pueda utilizar su técnica propia, lo que exige una investigación sobre los actores de la vida jurídica internacional y una observación directa de dicha vida internacional, en los propios lugares en que esta es más activa y en contacto con aquellos que la animan.”⁴⁶

En apoyo de este enfoque puede prestar una gran ayuda la teoría de las relaciones internacionales. Se discute cuál el contenido específico de lo que se denominan “Relaciones internacionales”, traduciendo al idioma castellano la expresión inglesa *International Relations*, nombre que adopta una disciplina estudiada autónomamente primero en muchas universidades del mundo cultural anglosajón y actualmente extendida en todo el mundo. Para Guggenheim las relaciones internacionales serían la sociología del Derecho internacional y, por lo tanto, carecerían de autonomía propia. Según el ilustre jurista suizo el Derecho internacional se basta a sí mismo mientras que la ciencia explicativa de las relaciones internacionales examina las causas y las repercusiones de los fenómenos que forman el contenido de las reglas del orden jurídico internacional, y presupone la existencia de este orden jurídico.⁴⁷ Entre los autores españoles, Antonio Truyol y Serra concibe la ciencia de las relaciones internacionales como “una teoría de la sociedad internacional en cuanto tal, o sea, sociología internacional”⁴⁸ y el Manuel Me-

44 H. Kraus, «Interesse und zwischenstaatliche Ordnung», *Niemeyers Zeitschrift für internationales Rech*, 1934, pp. 22-65 y *Staatsinteressen im internationalen Leben*, München, 1951; W. Wengler, «Prolegomene zu einer Lehre von den Interessen im Völkerrecht *Die Friedens-Warte*, 1950, pp. 108 y ss.; M. Bos *Dominant interests in International Law*», *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje a D. Antonio de Luna*, Madrid, 1968, pp. 79-96.

45 Carlos Jiménez Piernas, *El método del Derecho internacional público: Una aproximación transdisciplinaria*, Madrid: Instituto de Estudios Internacionales y Europeos “Francisco de Vitoria”, Universidad Carlos III de Madrid, 1995, pp. 19 y 23.

46 M. Virally, “Enseignement et recherche en Droit international en 1967 difficultés et exigences de, *L’enseignement et la recherche en Droit international en France face aux besoins de la pratique, Actes du Colloque des 17 et 18 de mars de 1967*, Paris, 1968, p. 32.

47 P. Guggenheim, “Relations internationales et Droit international public,” *Mélanges Streit*, Vol. I, Athènes, 1939, p. 455.

48 A. Truyol y Serra *La teoría de las relaciones internacionales como sociología*, 2ª ed. revisada, Madrid, 1973, p.5.

dina Ortega se inclina en favor una configuración interdisciplinaria de las relaciones internacionales, dependiente de las aportaciones de la sociología como de la ciencia política.⁴⁹

La teoría de las relaciones internacionales proporciona al internacionalista un marco conceptual amplio que le permite considerar el papel que las normas jurídicas desempeñan junto con otros factores en la vida de relación internacional. En este sentido le proporciona una perspectiva relativista desde fuera del ordenamiento jurídico internacional y puede aportarle una enseñanza de realismo.

B) Enfoques críticos y alternativos

A) EL ANÁLISIS DEL PENSAMIENTO TÓPICO

Algunos estudios sobre el pensamiento jurídico, entre los que cabe destacar la brillante monografía de Th. Viehweg⁵⁰ han recusado los planteamientos dogmáticos, desde la caracterización del pensamiento jurídico como un pensamiento tópico. Viehweg sostiene que “el punto más importante en el examen de la tópica lo constituye la afirmación de que se trata de una técnica del pensamiento que se orienta hacia el problema.”⁵¹ Esta técnica del razonamiento problemático fue desarrollada por Aristóteles y Cicerón y se encuentra en el *ius civile*, en el *mos italicum* y en el pensamiento jurídico actual. El hecho que no haya sido apreciada hasta época reciente se debe a la influencia ejercida por el cartesianismo en el mundo jurídico. El pensamiento tópico ha quedado durante mucho tiempo escondido tras la pretensión deductiva y el pensamiento axiomático propio de la dogmática. El pensamiento jurídico no es un pensamiento deductivo de ciertos principios generales, ni tampoco un pensamiento constructivo de conceptos abstractos, es un pensamiento de problemas, un pensamiento aporético o tópico. Luís Recasens Siches ha caracterizado resumidamente este tipo de pensamiento diciendo que se trata de “un pensamiento que no parte de los primeros principios como premisas para extraer consecuencias, sino que arranca de problemas prácticos suscitados por la vida social; los analiza en cuanto a todos los factores y todas las dimensiones que ellos contienen; los pondera mediante el examen de los diferentes argumentos contrarios que las partes interesadas aducen; los valora a la luz de criterios de justicia y de prudencia; y trata de hallar la solución que sea, a la vez, la más justa –inevitablemente en términos relativos–, la más prudente, y la más viable, habida cuenta de todas las circunstancias que concurren en tales problemas –circunstancia que son diversas en cada situación social, y que, además, son cambiantes”⁵²

El examen del Derecho internacional desde este enfoque todavía no ha sido emprendido con el alcance que permita esta perspectiva.⁵³ Los internacionalistas- tampoco puede decirse que hayan sido insensibles a este modo de enfocar el Derecho. Especialmente aquellos que han

49 M. Medina, *La teoría de las relaciones internacionales*, Madrid, 1973, p. 186.

50 Th. Viehweg, *Tópica y jurisprudencia*, trad. esp. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Madrid, 1964.

51 *Ibid.* p. 49.

52 L. Recasens Siches, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica “razonable”*, México, 1971, p. 104

53 Cf. uno de los pocos intentos realizados L. Tammelo, “The Law of Nations and the rhetorical tradition of legal reasoning”, *The Indian Year Book of International Affairs*, 1964, pp. 227 y ss.

tenido una actividad práctica más amplia, como asesores de sus gobiernos o como árbitros y jueces internacionales, han advertido la necesidad de tratar los problemas desde las circunstancias concretas que adoptan. Quizás los internacionalistas, por la conciencia que tienen de que el Derecho internacional se aplica en un ámbito donde es más evidente que las normas jurídicas se mezclan otros factores en la determinación de la conducta de sus sujetos, siempre han sido más reacios a sacar conclusiones de axiomas y deducir un grupo de principios abstractos y han valorado más las circunstancias de cada cuestión en concreto.

B) LA CORRIENTE DE LOS “CRITICAL LEGAL STUDIES”

A finales del siglo XX un grupo de juristas de Estados Unidos que se identifican como participantes del movimiento *Critical Legal Studies* adoptan un enfoque radical en el estudio del Derecho.⁵⁴ En el ámbito del Derecho internacional destacan en esta corriente el norteamericano David Kennedy, el británico Anthony Carty y el finlandés Martti Koskenniemi. Cada uno de ellos tiene su propia personalidad, pero entre los autores norteamericanos se advierte una más acentuada conciencia de pertenencia a un grupo o facción doctrinal.⁵⁵

El punto de partida de esta corriente consiste en dejar de lado el Derecho internacional como un conjunto de normas y centrarse en un análisis del *discurso* de los internacionalistas. El Derecho internacional es el producto de una comunidad profesional que practica “un grupo de personas situadas en una comunidad profesional a lo largo del tiempo y que comparten proyectos y compromisos, un *ethos* común, una práctica e incluso un carácter.”⁵⁶

La corriente de los *Legal Critical Studies* se apoya en los planteamientos de autores de otras disciplinas como los de Ferdinand de Saussure en el campo de la lingüística estructural, los de Chaïm Perelman en la teoría de la argumentación o en la filosofía de la deconstrucción de Jacques Derrida. El Derecho internacional que practica la corriente dominante se considera una retórica liberal que proyecta el estado de Derecho y la posición de los individuos propias del Derecho interno de los Estados al plano de las relaciones inter-estatales.

Para el pensamiento moderno la verdad es esencialmente subjetiva y relativa, pero la doctrina jurídica internacional no comparte esta premisa radical que hacen suya los autores de la corriente de los *Critical Legal Studies*, los cuales rechazan el objetivismo. Como afirma Antony Carty “no podemos ver el mundo jurídico internacional tal como es en realidad, por la sencilla razón de que dicho mundo y cómo lo vemos nosotros son la misma y única cosa.”⁵⁷ En el fondo hay una indeterminación del propio Derecho internacional que impide considerarlo como una realidad

54 Cf. Juan Pérez Lledó, *El movimiento “Critical Legal Studies”*, Madrid: Tecnos, 1996.

55 Para un elenco bibliográfico de los internacionalistas que se sitúan en esta corriente cf. David Kennedy y Chris Tenant, “New Approaches to International Law, A Bibliography,” *Harvard International Law Journal*, Vol. 35, 1994, pp. 417-460.

56 David Kennedy, « El Derecho internacional: Un vocabulario disciplinar para la crítica y la reforma », trad. de Ignacio Forcada Barona, capítulo el libro *Rompiendo moldes en el Derecho internacional: Cuando la renovación es repetición*, Madrid: Dykinson, 202, publicado en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, www.reei.org, Nº 4, 202, p. 5.

57 Antony Carty, *The Decay of International Law*, Manchester : Manchester University Press, 2019, p. 129.

objetiva. En opinión de David Kennedy “el Derecho internacional no es una *cosa* estable que se relaciona de un modo algo complicado con la sociedad, la economía política con la estructura de clases.”⁵⁸ De ahí que, en su opinión “es más preciso considerar el Derecho internacional como un debate entre un grupo más bien reducido de personas diseminadas por todo el mundo que a menudo gira sobre algo que consideran “Derecho internacional” y algo que denominan “sociedad internacional”, más que sobre “El Derecho que rige las relaciones interestatales.”⁵⁹

El análisis de la argumentación jurídica en Derecho internacional permite destacar la existencia de un razonamiento basado en *oposiciones binarias*. Para David Kennedy la empresa de reproducir a nivel de las relaciones interestatales las formas y las instituciones estatales se manifiesta en un enfoque normativo que se expresa en procedimientos de formación de normas como los tratados internacionales y las modalidades de codificación internacional, el principio de unanimidad (un Estado un voto), el establecimiento de jurisdicciones basadas en la aceptación y con poder de dictar decisiones obligatorias, etc. Por otro lado, se registra la tendencia a establecer en el orden internacional “equivalentes funcionales” de las instituciones propias de los Derechos internos adaptadas a un medio de Estados soberanos: el objetivo es la creación de expectativas estables entre soberanos desarrolladas a través de la costumbre y de un *soft law* que se expresa en principios más que en normas, cuyo mecanismo de formulación se realiza en el marco de órganos plenarios con autoridad política mediante el consenso o el voto ponderado y su aplicación descansa en medios diplomáticos de solución de controversias o la intervención informal de organismos de supervisión, etc.⁶⁰ Según David Kennedy estas oposiciones binarias no se presentan como alternativas excluyentes sino como polos de un espectro en el que la doctrina en cada caso se aproxima más o menos a uno u otro. Los internacionalistas dice “giran una y otra vez en torno a dos ejes de discusión filosófica, cada uno con un vocabulario bien desarrollado: la relación que el derecho debería alcanzar entre una comunidad internacional y la autonomía soberana y el equilibrio más efectivo entre un derecho más formal y otro menos formal.”⁶¹ Los planteamientos de David Kennedy han sido difíciles de asumir por los internacionalistas tanto americanos como europeos pues, como se ha señalado, su comprensión exige estar al corriente de las asunciones teóricas fundamentales adoptadas por los autores de la “postmodernidad” y “este es básicamente el problema con el que no hemos encontrado muchos internacionalistas”⁶²

El análisis de las relaciones binarias realizado por Martti Koskenniemi se basa en la búsqueda de la “estructura profunda” de la argumentación jurídica tanto en la doctrina como en la jurisprudencia (deconstrucción).⁶³ El método se defiende porque proporciona una teoría con el menor número de elementos posible para explicar el mayor número de fenómenos sociales

58 David Kennedy, « The Discipline of International Law and Policy, » *Leiden Journal of International Law*. Vol. 12, 1999, p. 83

59 *Ibid.* p. 84.

60 David Kennedy, *Op. cit.*, pp.8-10.

61 *Ibid.*, p. 22.El

62 Ignacio Forcada Barona, “Palabras previas del traductor”, en David Kennedy *Rompiendo moldes en el Derecho internacional: Cuando la renovación es repetición*, Madrid, Dykinson, 2002, p. 14.

63 Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Helsinki: Finnish Company, 1989, p. XVII.

aparentemente distintos según regularidades susceptibles de explicación. En la argumentación jurídica sostiene está presente una dinámica de contradicción entre una argumentación *descendente* de carácter normativo que parte de conceptos previos o superiores al Estado: justicia, interés común, progreso, naturaleza de la comunidad internacional ... y una argumentación *ascendente* de carácter concreto que se basa en la conducta de los Estados, voluntad o interés estatal⁶⁴ En el discurso doctrinal y jurisprudencial internacional se formulan argumentos ascendentes basados en la soberanía, la exigencia del consentimiento, los derechos adquiridos, la libertad en ausencia de restricciones, etc. que conducen en unos casos a la justificación (*apology*) de las posiciones que se cruzan con argumentos descendentes fundados en la justicia, la igualdad, la solidaridad, etc. de carácter idealista (*utopia*) que también se alegan en otros casos en favor de las propias posiciones. Frente a estas estrategias de argumentación la doctrina y la jurisprudencia arbitran estrategias de evasión o de reconciliación basadas en nociones como la equidad, las circunstancias del caso, la buena fe, etc. La consecuencia de estas oposiciones binarias de argumentación es la reversibilidad de los conceptos y el carácter indeterminado del núcleo del Derecho.

Esta indeterminación del Derecho hace que la corriente de los *Critical Legal Studies* haya sido criticada por su nihilismo. Sus defensores alegan que postulan una crítica racional del discurso jurídico como única vía de conocimiento. Sin embargo, como se ha replicado, esta confianza en la razón ¿no supone reintroducir un objetivismo en el análisis de los *Critical Legal Studies*?⁶⁵ En esta tesitura David Kennedy matiza el rigor de las polarizaciones argumentales afirmando: “puesto que ningún iusinternacionalista se siente cómodo en los extremos- del espectro autonomía soberana/comunidad internacional o del espectro formal/informal todas las corrientes de pensamiento mezclan estas posiciones.”⁶⁶ Con mayor compromiso Martti Koskenniemi invoca como última instancia la justicia entendida como compromiso contextual porque “al final legitimar o criticar el comportamiento de un Estado no consiste en aplicar unas normas formalmente neutras, sino que depende de los que se crea políticamente correcto o justo.”⁶⁷

C) LA PERSPECTIVA FEMINISTA

La consideración del Derecho internacional como un orden jurídico que regula las relaciones entre Estados ha ocultado la situación de las mujeres. El movimiento feminista identifica el Derecho internacional como un sistema de género que so capa de universalismo. Objetividad y neutralidad margina o desconoce el papel de las mujeres. La división entre la esfera de lo público y de lo privado relega muchas cuestiones que afectan a las mujeres al ámbito de lo privado que se considera al margen o que carece de una regulación legal.⁶⁸ La reacción contra

64 *Ibid.* p. 40.

65 Ignacio Forcada Barona, “El concepto de Derecho internacional Público en los umbrales del siglo XXI: La “Nueva Corriente””, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, 1999, p. 212.

66 David Kennedy, *Op. cit.*, p. 31.

67 Martti Koskenniemi, “Entre la apología y la utopía: la política del Derecho internacional”, *La política del Derecho internacional*, trad. de J.A. García Sáez y A. Lastra, Madrid: Trotta, 2020, p. 65.

68 Hillary Charlesworth, Christine Chiking y Shelley Wirght, « Feminist Approaches to International Law, » *American Journal of International Law*, Vol. 85, 1991, pp. 615.645

esta minusvaloración o ignorancia de las mujeres en el orden internacional se ha producido fundamentalmente a través de una regulación internacional que contemplan la situación femenina en el ámbito de los derechos humanos y del Derecho internacional penal. Pero quienes defienden la perspectiva feminista en su versión más radical considera que el problema tiene un alcance mucho mayor porque “en el fondo el feminismo es una forma de análisis, un método de enfocar la vida y la política, una manera de formular preguntas y encontrar respuestas, más que un conjunto de conclusiones políticas sobre la opresión de las mujeres.”⁶⁹

En el Derecho internacional la regulación de la situación de las mujeres se ha producido como un aspecto de la protección internacional de los derechos humanos. Además de los textos internacionales de protección general de los derechos humanos que incluyen obviamente a las mujeres, éstas tienen una protección específica en tanto que mujeres en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 18 de diciembre de 1978 y su Protocolo facultativo de 10 de diciembre de 1999 que permite reconocer la competencia del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer para recibir y considerar comunicaciones presentadas por personas o grupos. Importa, sin embargo, tener presente que la Convención- de 1978 adopta un enfoque negativo (prohibición de discriminaciones) e igualitario (“sobre la base de la igualdad entre el hombre y la mujer”, art. 1), sin entrar en la protección de derechos específicos de la mujer. En otros casos la protección internacional de las mujeres se ha realizado a través de una interpretación extensiva de textos internacionales como la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 10 de diciembre de 1984 que asimila la violencia doméstica como una forma de tortura aunque dicha conducta no esté expresamente contemplada en la Convención. La violencia doméstica “equivale a malos tratos o tortura cuando los Estados toleran conductas prohibidas al no proteger a las víctimas.”⁷⁰ La resolución del Consejo de Seguridad 1325 de 1 de octubre de 2000 sobre Mujeres, Paz y Seguridad insta a incrementar la participación y representación de las mujeres en la prevención, gestión y solución de conflictos y a garantizar la protección y el respeto de los derechos humanos de las mujeres y las niñas, especialmente contra la violación y otras formas de abusos sexuales en situaciones de conflicto armado.⁷¹

En el Derecho internacional humanitario de los conflictos armados la prohibición y criminalización tras los conflictos de los Balcanes y de Ruanda la jurisprudencia de los tribunales internacionales *ad hoc* ha afirmado el concepto de violación y agresión sexual y la configuración de los distintos tipos de agresiones sexuales en las categorías de crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y crimen de genocidio según distintas tipificaciones. Posteriormente la adopción de Estatuto de Roma para el establecimiento de la Corte Penal Internacional constituye

69 Nancy Harstock, « Feminist Theory and the Development of Revolutionary Strategy », *Capitalist Patriarchy and the Case of Socialist Feminism*, Z. R. Eisenstein (dir.), New York, Monthly Review Press, 1978, p. 58.

70 Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, UN Doc. A/HCR/31/57, 5 de enero de 2016, párr. 55.

71 Cf. Raquel Vanyó Vicedo, *El horizonte 1325 en Derecho internacional: Cartografiadel postconflicto con perspectiva de género*, Pamplona: Thompson/Reuters, 2016 y *Mujeres, paz y seguridad: La Resolución 1325 veinte años después*, Cristina Sánchez Muñoz y Soledad Torrecuadrada García-Lozano (coord.) Madrid: Dykinson, 2022.

“el primer instrumento jurídico internacional que aporta una dimensión integral de género.”⁷² En la Conferencia de Kampala (2010), los Elementos de los crímenes adoptados en aplicación de los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de Roma se tipifican como crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra la violación, la esclavitud sexual, la prostitución, la esterilización, el embarazo forzado y la violencia sexual.

Un sector del feminismo internacionalista considera que las mujeres deberían proceder a recopilar información sobre la situación de los derechos de la mujer en los distintos países y especialmente en los del Tercer mundo. Así mismo deberían analizar las normas existentes y diseñar nuevas normas que amplíen los derechos de las mujeres, su protección en el campo de los derechos humanos y en las normas de Derecho internacional penal. El feminismo radical postula no sólo “de-construir” los valores implícitos paternalistas en el Derecho internacional sino también reconstruir intelectualmente la sociedad y el Derecho desde una perspectiva de género. A las mujeres les interesa, además del reconocimiento de derechos, la adquisición de espacios de poder y las formas en que éste se manifiesta y, simultáneamente, los sujetos que están excluidos. Desde este enfoque “el feminismo va más allá del mero derecho que se ejerce o se reclama, porque es una para participar en los órganos principales y subsidiarios o cuestión de poder.”⁷³ El artículo 8 de la Carta de las Naciones Unidas proclama que “la Organización no establecerá restricciones en cuanto a la elegibilidad de hombres y mujeres” pero hasta ahora ninguna mujer ha ocupado el cargo de Secretario General de la Organización. Si se examina la composición que ha tenido y tiene la Corte Internacional de Justicia o la Comisión de Derecho Internacional está claro que la formulación negativa (ausencia de restricciones) del precepto no es suficiente para una representación femenina menos desequilibrada en favor de la presencia masculina en dichos órganos.

Pero desde otra posición feminista crítica se considera las reformas normativas en favor de las mujeres refuerzan los estereotipos de la condición femenina al concentrarse en su victimización y a la postre en su diferenciación de los hombres como una categoría específica. Las conquistas del feminismo en la protección internacional de las mujeres tienen una naturaleza ambivalente que Diane Otto ha denominado “el exilio de la inclusión.”⁷⁴ El reconocimiento de los derechos de las mujeres y su protección se considera un objetivo en sí mismo que logra su inclusión y el fin de su marginación. Pero esta situación crea una sensación de inestabilidad y de crisis. La impronta de lo masculino continuamente procede a su reconstrucción y este es un terreno en el que el feminismo debe estar alerta, denunciar y resistir. “Mientras se lucha para alcanzar el mayor nivel de justicia posible en el marco de los sistemas jurídicos y políticos, también es críticamente importante mantener despiertas visiones de la justicia más allá del Derecho.”⁷⁵ En la lucha feminista la partida no está ganada ni mucho menos. Siempre hay el peligro de la marginación y el ostracismo, de la legitimación de las normas e instituciones

72 M^a Rosario Ojinaga Ruiz, “La protección internacional de la mujer en el Derecho internacional humanitario”, *Derecho internacional humanitario*, José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto y Joaquín López Sánchez (coord.), 3^a ed., Cruz Roja Española / Tirant lo Blanch, 217, p. 862.

73 Natalia Álvarez Molinero, “Aportaciones del feminismo al Derecho internacional en la construcción de la paz,” *Feminismo/s*, 9 junio 2007, p. 83.

74 Diane Otto, «Feminist Approaches to International Law», *The Oxford Handbook The Theory of International Law*, Anne Orford, Florian Hoffmann y Martin Clark, Oxford University Press, 2016, p. 502.

75 *Ibid.*, p. 503.

profundamente contrarias a las aspiraciones de cambio feministas y, en definitiva, de que las cosas empeoren para las mujeres. Para el feminismo radical el proyecto jurídico-internacional del feminismo lejos de haber alcanzado su meta está en sus inicios.

D) EL GIRO HACIA LA HISTORIA

A finales del siglo XX tiene lugar un renovado interés por la historia del Derecho internacional por parte de los internacionalistas del movimiento de los *Critical Legal Studies* (D. Kennedy, Martti Koskenniemi, Anthony Carty, etc.) y, al mismo tiempo, internacionalistas de los países africanos y asiáticos adoptan puntos de vista críticos y alternativos respecto a la historia del Derecho internacional. Quienes integran este “giro hacia la historia” (*turn to history*) ponen en tela de juicio la concepción europea-occidental sobre los orígenes del Derecho internacional, revisan la expansión del Derecho internacional y su pretensión de universalidad, aportan una visión alternativa de la historia del Derecho internacional que destaca la contribución de las tradiciones y las de los países extra-europeos, considera que la independencia de los nuevos Estados asiáticos y africanos ha de suponer también una “descolonización de la historia del Derecho internacional y, en definitiva, estos nuevos enfoques exigen una renovación metodológica del propio Derecho internacional. Estos nuevos planteamientos tienen una tribuna privilegiada en la revista *Journal of the History of International Law / Revue d’histoire du droit international* que se publica desde 1999.

En el “giro hacia la historia” es importante delimitar el ámbito temporal y geográfico que se adopta como marco de referencia para el estudio del Derecho internacional. En unos casos el marco temporal Derecho internacional se reduce considerablemente en aras a la caracterización del Derecho internacional como un sistema propio de un determinado período, en otros se amplía el marco temporal y geográfico y geográfico para integrar otros sistemas distintos del europeo-occidental. Del primer enfoque mencionado hay antecedentes como la identificación realizada por Carl Schmitt entre el Derecho internacional y el *ius publicum europaeum* de los siglos XVIII y XIX.⁷⁶ Martti Koskenniemi adopta un período de referencia aún más reducido en el que el alguno consiste en “un conjunto e y la caída del Derecho internacional se producen entre 1870 y alrededor de 1960.⁷⁷ Considera que el Derecho internacional no comenzó en Westfalia o en el Congreso de Viena sino con la aparición de una nueva “sensibilidad”. El auge y caída del Derecho internacional entre 1870 y 1960 no consiste en “un conjunto de ideas – para muchos estas ideas están hoy asombrosamente vivas- ni de prácticas, sino en una sensibilidad que implica tanto ideas como prácticas, pero que también incluye aspectos más amplios de la fe política, de la imagen de uno mismo y de la sociedad, así como las restricciones estructurales dentro de las cuales los profesionales del derecho internacional viven y trabajan.”⁷⁸ La obra de

76 Cf. Oriol Casanovas, *Carl Schmitt pensador del orden internacional*, Madrid: Tecnos, 2022.

77 Martti Koskenniemi, *El discreto civilizador de naciones. Auge y caída del Derecho internacional 1870-1960*, trad. de Natalia Zaragoza García, revisada por Paula Alberro y Fernando Falcón y Tella, Buenos Aires: Ciudad Argentina y Madrid: Servicio de Publicaciones-Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 2005.

78 *Ibid.*, p. 14.

Koskenniemi no es una historia basada en un conjunto de biografías de internacionalistas con exposición de su pensamiento, ni tampoco una historia de las épocas del Derecho internacional. El Derecho internacional moderno comienza con la aparición de una nueva sensibilidad que no tenían ni Grocio, ni Vattel, ni G.F. von Martens. Esta nueva sensibilidad reformista de las relaciones inter-estatales que postula el encuadramiento y limitación de las soberanías en un orden jurídico se inicia con la publicación de la *Revue de droit international et législation comparée* en 1869 y la creación en Gante del *Institut de droit international* en 1873 y llega a su fin alrededor de 1960 con la difusión de un pragmatismo jurídico despolitizado y la inclinación de los profesionales hacia las cuestiones suscitadas por las potencias dominantes.⁷⁹

A partir de la década de los años 60 del siglo pasado con la descolonización y la aparición de nuevos Estados en África y Asia los juristas del “tercer mundo” adoptan nuevos enfoques de la que otorgan protagonismo a sus países y culturas que desplazan el carácter eurocéntrico y occidental de la historia del Derecho internacional. Algunos autores incorporan a la historia europea y occidental del Derecho internacional la perspectiva y la práctica de los sistemas de relaciones que existían entre los distintos pueblos en el período pre-colonial.⁸⁰ Otros autores presentan una visión crítica de la historia en la que la expansión y universalización del Derecho internacional se considera un proceso de dominación impulsado por las grandes potencias.⁸¹ Desde una perspectiva de Historia global también se ha presentado críticamente la historia del Derecho internacional mediante el desplazamiento de la centralidad del sistema europeo-occidental y sus sustitución por una visión alternativa islamo-céntrica o sino-céntrica.⁸²

Desde una perspectiva más radical y política Anne Orford entiende que el “giro hacia la historia” ha de consistir en estudiar el Derecho internacional como un medio de comprensión y crítica de una situación internacional cambiante que no ha terminado con el predominio de los Estados liberales y democráticos. El Derecho internacional ha de ser un instrumento de compromiso profesional de los internacionalistas. Esto implica una concepción metodológica caracterizada por:

- a) Una “hermenéutica de la sospecha” en la que los internacionalistas como actores comprometidos interpretan las normas, los textos y los procesos políticamente.⁸³
- b) La investigación histórica empírica puede aportar una interpretación del pasado jurídico verificable y basada en pruebas que supone una respuesta a las tesis de la

79 *Ibid.* pp. 15-16.

80 Cf. los estudios de C.H. Alexandrowicz reunidos en la obra *The Law of Nations in Global History*, D.H. Armtage y J. Pitts (eds.), Oxford, Oxford University Press, 2017; R. P. Anand, *New States and International Law*, Delhi: Vikas, 1972 y T.O.Elias, *Africa and the Development of International Law*, Dordrecht : Martinus Nijhoff, 1988.

81 E. Jouannet y H. Ruiz-Fabri, *Impérialisme et droit international en Europe et aux Etats-Unis*, Paris : Société de législation comparée, 2007 ; A. Becker Lorca, « Universal International Law Nineteenth Century Histories of Imposition and Appropriation, *Harvard International Law Journal*, Vol. 51, 2010, pp. 475.552.

82 Y. Onuma, « When was the Law of International Society Born ? – An Enquiry of the History of International Law from an Intercivilizational Perspective, » *Journal of the History of International Law*, Vol. 2000, pp. 1-66.

83 Anne Orford, *International Law and the Politics of History*, Cambridge : Cambridge University Press, 2021, p. 6

“indeterminación” del Derecho internacional. Según Anne Orford “los internaciona-
listas pueden tener prejuicios, posiciones políticas y de partido, pero la historia y sus
métodos todavía pueden ofrecer un conocimiento objetivo, imparcial y realista.”⁸⁴

- c) El estudio del pasado puede, e incluso debe, canalizar el compromiso del internacio-
nalista en la posible transformación de una materia denominada “Derecho interna-
cional” y la actividad de los profesionales llamados “internacionalistas”⁸⁵

Esta propuesta de reivindicación del objetivismo a través de la labor de los historiadores del
Derecho internacional choca con el enfoque que considera que la “historia” es una forma
de creación del propio historiador. El pasado, observa Thomas Skouteris, nunca presenta los
hechos “tal como fueron” sino a través de testimonios de dichos hechos: actas oficiales, co-
mentarios de testigos y otras formas de transmisión de los hechos. La “historia” y el “pasado”
son dos cosas diferentes.⁸⁶

El problema del conocimiento histórico es que se trata de un estudio que inevitablemente parte
del momento actual y sus contradicciones. La tarea del historiador es difícil porque ha de entrar
en cuestiones que en la actualidad escapan a la atención de la mayoría y ha de superar sus propios
prejuicios y los de sus contemporáneos. Pero quizás la mayor dificultad sea definir el propio objeto
de la investigación histórica y sus parámetros temporales y espaciales: en definitiva determinar “lo
que actualmente puede y no puede considerarse como el pasado del Derecho internacional.”⁸⁷

IV. TÉCNICA DE INVESTIGACIÓN

La metodología en la investigación de Derecho internacional público se refiere al marco teóri-
co que se adopta para la elaboración de un estudio, la técnica de investigación hace referencia
a los pasos concretos que ha de seguir el investigador en dicha elaboración. Los investigadores
avanzados que cuentan con experiencia en esta tarea no precisan detenerse en los pasos de la
técnica de investigación porque proceden directamente a su ejecución siguiendo hábitos ad-
quiridos en su experiencia profesional. El joven investigador que se enfrenta por primera vez
a este tipo de tarea puede necesitar actuar más conscientemente y necesitar alguna ayuda en su
desempeño. Con carácter general puede serle útil la lectura de la obra de Umberto Eco *Cómo
se hace una tesis*⁸⁸, obra que puede parecer anticuada por estar escrita en una época anterior a
los últimos avances tecnológicos pero que ofrece consejos valiosos. Las consideraciones que
siguen quizás también puedan servirle en su labor.

84 *Ibid.*, p. 8.

85 *Ibid.*, p. 11

86 Thomas Skouteris, « Engaging History in International Law », en *New Approaches to International Law*,
J. Beneyto y D. Kennedy (eds.), The Hague : TMC Asser Press, 2012, p. 112.

87 Matthew Craven, « Theorizing the Turn to History in International Law », *The Oxford Handbook of the
Theory of International Law*, Anne Orford y Florian Hoffmann con Martin Clark (eds.), Oxford : Oxford
University Press, 2016, p.37.

88 Umberto Eco, *Cómo se hace una tesis y procedimientos de estudio, investigación y escritura*. 6º ed., Ma-
drid: Gedisa, 2002.

a) *Elección del objeto de investigación.* En la elección del objeto de investigación una premisa será tener presente los intereses intelectuales del investigador. La investigación es una labor que exige tiempo y esfuerzo y a veces puede cansar o aburrir al propio investigador y, por esto, es esencial que responda a sus intereses intelectuales que le sirvan de motor e impulso para superar los obstáculos que surgirán a su paso.

Una vez reconocidos estos intereses deberá concretarlos en un *ámbito de estudio* que en el caso del Derecho internacional público puede ser alguno de sus sectores como el mantenimiento de la paz, la protección de los derechos humanos, los espacios marítimos, etc. Definido este ámbito deberá proceder a elegir algún *objeto de investigación* concreto o cuestión específica sobre la que investigar. En este momento es aconsejable pensar en varios temas y consultar con el director de la investigación, si se tiene la fortuna de contar con él, para debatir el objeto específico de investigación que ofrece mayor interés desde el punto de vista científico y mayores posibilidades para su estudio en función de los recursos de investigación disponibles. En los casos en que la investigación deba realizarse en el marco de un proyecto institucional de investigación las indicaciones de su director deberán ser atendidas con la mayor disponibilidad.

b) *Consulta de fuentes documentales.*- Preciado con mayor o menor detalle el objeto de la investigación es necesario elegir las fuentes documentales que permitan conocer los distintos aspectos de dicho objeto. Para ello será preciso elaborar una *bibliografía* de libros y artículos de revistas, a la que deberá añadirse una relación de los tratados internacionales, jurisprudencia, resoluciones y documentos que traten o guarden relación con el objeto de investigación. Es posible que la institución en la que se trabaje cuente con obras y material bibliográfico sobre el tema y los primero, por razones de comodidad, será acudir a ellas y elaborar una bibliografía inicial a partir de ellas. Esta primera aproximación deberá ampliarse con la consulta de estudios de otras instituciones que cuentan con fondos bibliográficos importantes. En la actualidad gracias a la posibilidad de consultar *on line* los catálogos de otras instituciones la labor no presenta mayores dificultades. En el ámbito del Derecho internacional público las bibliotecas del Palacio con tratados para centrar en ellos su investigación. Tras este primer contacto general con la bibliografía sobre el objeto de la investigación es conveniente desglosar los distintos temas o cuestiones y elaborar una bibliografía *específica* para cada tema y proceder a su examen siempre partiendo de los trabajos y documentos más recientes.

c) *Elaboración del plan de investigación.* – Preciado el conjunto de puntos que se considera deben investigarse el paso siguiente es elaborar un *plan provisional* del estudio a realizar. En la elaboración de dicho plan es conveniente agrupar los temas en conjuntos en función de la relación que guardan entre sí. Antes de proceder a la investigación propiamente dicha es conveniente consultar el plan provisional con el director de la investigación que sugerirá la mejor ordenación de las cuestiones, la supresión de algunos puntos o la posible adición de otros. A lo largo de la investigación el plan provisional se irá revisando en función de los avances de la investigación y de un modo periódico es conveniente consultar los cambios con el director de la investigación. A medida que se haya en profundidad algún punto concreto conviene ir redactando partes de la investigación como borradores del estudio definitivo.

Una vez la investigación esté bastante avanzada procede elaborar un *plan definitivo* de la investigación. Para ello se procurará que las partes del estudio se presenten de un modo ordenado

y equilibrado en capítulos subdivididos en epígrafes en cada capítulo. Los autores franceses, deudores de una cultura cartesiana muy elaborada, ofrecen trabajos muy bien estructurados. Entre ellos goza de gran aceptación la estructura que denominan “plan cuadrado” (*plan carré*) al parecer originado en la Escuela de Ciencias Políticas de París. Según este modelo el estudio se divide en dos partes principales y cada una de ellas se subdivide a su vez en otras dos partes. Lo ideal es que entre la primera parte de la Primera parte principal y la parte primera de la Segunda parte principal exista una correspondencia en la presentación del contenido de la cuestión tratada y esta correspondencia recíproca deberá también producirse entre la segunda parte de la Primera parte principal y la segunda parte de la Segunda parte principal. Este esquema puede ser adecuado para estudios breves como trabajos universitarios o artículos de revista. En estudios más extensos como tesis de doctorado o monografías el equilibrio entre las partes del estudio también puede producirse dividiendo el trabajo en partes, secciones, capítulos y epígrafes, según las dimensiones del estudio, procurando que exista entre ellos una proporción adecuada en su extensión. La obra en lengua española hay en el ámbito de la investigación jurídica.

En la redacción de los estudios de Derecho internacional es frecuente la reproducción de fragmentos textuales de decisiones judiciales de tribunales internacionales o extranjeros, leyes de otros países, resoluciones de organizaciones internacionales, etc. Cuando existe una versión oficial de dichos textos hay que reproducir los textos de dicha versión original. Si no existe texto oficial en español hay autores que citan los textos en los idiomas extranjeros en que se redactaron. Esto puede parecer más riguroso y fiel al original pero tiene el inconveniente de convertir el texto del estudio en un mosaico de idiomas extranjeros que no todos los eventuales lectores pueden conocer. Por lo tanto, parece aconsejable en dichos casos que el autor del estudio traduzca al español los textos citados. Los estudios de Derecho internacional realizados en el ámbito lingüístico español no sólo son contribuciones destinadas a los especialistas en Derecho internacional sino que en el caso español también son aportaciones a la doctrina jurídica española y tienen una función de aculturación y difusión del Derecho internacional en dicha doctrina generalmente poco familiarizada con los textos internacionales y extranjeros.

En su presentación definitiva el estudio deberá contar con una *Introducción* que indique las razones que justifican la investigación y presente el conjunto del trabajo indicando el enfoque adoptado, sus partes y las dificultades que se han encontrado y cómo se han superado. Al final del estudio se expondrán las *Conclusiones* a las que se ha llegado con la investigación. En la redacción del texto definitivo deberá incluirse un *Índice* con mención de las páginas situado preferentemente al comienzo. Al final del estudio se situará la *Bibliografía* ordenada alfabéticamente por autores, la cual puede ser única o dividida por partes en función de las cuestiones tratadas. En los países anglosajones es frecuente añadir una lista de *casos y sentencias* citados en la obra. Por último, si el trabajo lo requiere, pueden añadirse *Anexos* de documentos.

V. LA INFORMÁTICA Y LA CIENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL

El avance tecnológico ha puesto en manos del internacionalista nuevos instrumentos que pueden facilitarle mucho su labor. Una de, aportaciones más destacadas de esta “Segunda revolución industrial” que hemos vivido recientemente es el desarrollo del uso ordenadores electrónicos. El empleo de estos medios ha dado lugar a dos nuevas disciplinas: la *cibernética*,

que trata del proceso de información para la adopción de decisiones y la *informática*, que se ocupa únicamente del suministro de información. En el campo del Derecho internacional la adopción de decisiones no podrá dejarse nunca en manos de simples máquinas, pero los ordenadores pueden prestar un importante servicio en el suministro de información. La abundancia de documentación que debe manejar el internacionalista aumenta considerablemente y el uso de ordenadores electrónicos se ha convertido en una necesidad imperiosa. Por esto puede hablarse de una informática jurídica internacional como disciplina auxiliar de los cultivadores del Derecho internacional.⁸⁹

El empleo de ordenadores electrónicos puede prestar un servicio especialmente útil en el campo de los tratados internacionales. La misma proliferación del número de los tratados que actualmente se concluyen, el número de Estados que participan en los convenios internacionales multilaterales y las variaciones que se producen en la situación de las ratificaciones, adhesiones, reservas y denuncias, presentan fenómeno tan complejo que sin la ayuda de ordenadores electrónicos es muy difícil de manejar. Los trabajos de P. H. Rohn constituyen un esfuerzo pionero en este campo⁹⁰ Para el conocimiento de la actividad de las organizaciones internacionales y de las resoluciones de sus órganos también es esencial acudir a las páginas electrónicas de cada organización internacional y lo mismo cabe decir de la jurisprudencia de los tribunales internacionales.

La aportación de la informática jurídica al Derecho internacional ha de tener en cuenta las limitaciones propias de ésta. Se trata de una disciplina *auxiliar*, y no sustituye la labor del internacionalista, pues estos medios digitales sólo pueden proporcionar una información útil en la medida en que se los ha “alimentado” con datos correctos y ésta es una labor inicial que el internacionalista deberá completar con la aplicación de los métodos de análisis propiamente jurídicos. Por otra parte la utilización de los ordenadores tampoco ha de conducir a una visión de la vida internacional en la que lo *cuantificable* ocupe el primer plano de la atención del internacionalista.

Los últimos avances en el campo de la Inteligencia artificial *AI* generativa plantean cuestiones muy delicadas respecto a la autoría de los textos. El llamado Chat GPT y la Inteligencia Artificial generativa permiten la elaboración de textos complejos sobre cuestiones jurídico-internacionales que reúnen informaciones de distintas procedencias y que parecen elaborados por buenos investigadores. Los mecanismos de detección de plagios son ineficaces en los casos más difíciles. Esto plantea problemas deontológicos a los investigadores y a quienes deben valorar las investigaciones. Por esto es sumamente importante la originalidad en los planteamientos de las cuestiones, la metodología seguida, el desarrollo de cada investigación y la novedad de las conclusiones.

89 Cf. R.W. Edwards, “Electronic Data Processing and International Law”, *A.J.I.L.*, 1967, pp. 87-92

90 P.H. Rohn, “The World’s Treaties and the New Craftmanship in International- Law”, *Law and Computer-Technology*, 1968, pp. 7 y ss.; “The United Nations Treaty Series Project”, *International Studies Quarterly*. Num. 12, 1968, pp. 174-195; *Institutions in Treaties: A Global Survey of Magnitudes and Trends from 1945 to 1965*, Syracuse, N.Y., 1970.

SEGUNDA PARTE

DOCUMENTACIO DE DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO (SELECCIÓN)

1. DICCIONARIOS, ENCICLOPEDIAS

LA PRADELLE, A. de y NIBOYET, J.P., *Repertoire de Droit international*, 10 vols., 1 Sup., Sirey, Paris, 1929-31 y 1934.

Dictionnaire de la terminologie du droit international, dirigido por Jules Basdevant, Union Académique internationale, Sirey, Paris, 1960.

Juris-Classeur de Droit International, dirigido por Berthold Goldman, 8 Vols., Editions Techniques, Paris, s.d.

STRUPP, K. Y SCHLOCHAUER, H.J., *Wörterbuch des Völkerrechts*, 3 Vols. 1 Vol. de índices, Walter de Gruyter, Berlin, 1960-1962.

Répertoire de Droit International, publicado bajo la dirección de Ph. Francescakis, 2 Tomos seguidos de puestas al día, Dalloz, Paris, 1968.

Encyclopedia of Public International Law, publicada bajo los auspicios del Instituto Max Planck para el Derecho Público Comparado y el Derecho Internacional, dirigida por Rudolf Bernhardt, North-Holland Publishing Company, Amsterdam, New York, Oxford, 9 Vols. publicados desde 1981.

PAENSON, I., *Manual of the Terminology of Public International Law*, Bruxelles, Bruylant, 1983, 846 pp.

PARRY, Clive; GRANT, John; *Parry & Grant Encyclopedic Dictionary of International Law*, 3ª ed., New York: Oxford University Press, 2009

Law Dictionary, Santa Barbara, Calif.; Oxford: ABC Clio, 1987, 422 pp.

Diccionario de Derecho Internacional, Moscú: Editorial Progreso, 1988, 394 pp.

PAENSON, I., *Manuel anglais-français-espagnol-russe de la terminologie du droit des conflits armés et des organisations humanitaires internationales*, Bruxelles: Ets. Bruylant, 1989, XXXVIII +844 pp.

JOWERS, Rebecca, *Diccionario de conceptos y términos jurídicos Español-Inglés. Spanish-English Dictionary of Legal Terms and Concepts*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2023, 698 pp.

2. BIBLIOGRAFIAS

A) Bibliografías generales de Derecho Internacional Público

OLIVART, Marquis de, *Bibliographie du Droit international*, 2 ed.: A. Pedone éditeur, Paris, 1905-1910, 711 pp. Seguido de un Deuxième Supplement (2 Decembre 1906 - 31 Juillet 190d), 715-127d pp, s.d., s.l.

STRUPP, Karl, *Bibliographie du Droit des gens et des relations internationales*, A.W. Sijthoff², Leyde, 1938, 521 pp.

DELUPIS, I., *Bibliography of International Law*, Bowker, London-New York, 1975, 670 pp.

MERRILLS, J.G., *A Current Bibliography of International Law*, Butterworths, London, 1978, 277 pp.

KASME. Badr, « Bibliografía general », *Manual de Derecho Internacional Público*, Max Sorensen (dir.), trad. Dotación Carnegie para la Paz Internacional, Mexico, Fondo de Cultura Económica, 1973, pp. 779-806.

KLECKNER, Simone-Marie, *Public International Law and International Organizations. Bibliography*, Oceana Publications, Dobbs Ferry, N.Y. (Hojas móviles con puestas al día).

B) Catálogos de Bibliotecas

Harvard Law School Library, *Catalog of International Law and Relations*, Harvard University Printing Office, 20 Vols., 1966, con suplementos anuales.

Catalogue of International Law, University of Cambridge, The Squire Law Library, Oceana Publications, Inc., Dobbs Ferry, New York, 1972, 4 Vols.

Catalogue Général de la Bibliothèque des Nations Unies 1 Genève, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1983-1985, 105 Vols.

C) Revistas bibliográficas de Derecho Internacional Público

Public International Law. A Current Bibliography of Articles. Max-Planck-Institute für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Springer Verlag, Heidelberg. Desde 1975 se publicaron dos números al año hasta 1999.

D) Bibliografías generales por países

DURDENEVSKI, *Sovetskaya Literatura po Mezhdunaronomu Pravo. Bibliographiia 1917-1957*, Moscow: Gosudarstvennoye Izdatelstvo, Yuridicheskoi Literatury, 1959, 304 pp.

Mezhdunarodnoe Pravo: Bibliographiia 1917-1972, Moscow: IuridichesKaia Literatura, 1976, pp. 598.

RAUSCHNIXG, D., *Bibliographie des deutschen Schriftums (BRD) zum Völkerrecht*, Ham-bourg, 1966, 569 pp.

GASSCAR, J.R., *Bibliographie des deutschen Schriftums (BRD) zum Völkerrechts 1965-1971*, Hambourg: Hansischer Gildenverlag, 1972, 414.pp.

Le Tiers Monde et le Droit international: Bibliographie selective 1955-1982, Genève: Nations Unies, 1983, 100 pp.

WIKTOR, Christian L., *Canadian Bibliography of International Law*, Toronto: University of Toronto Press, 1984, XXIII + 767 pp.

E) Bibliografías temáticas especializadas

Ejemplos:

BUISMAN, H.P.C., *Customary International Law. Selective Bibliography for the 70th Session of the International Law Commission*, The Hague, Peace Palace Library, 2017.

SPEECKAERT, G.P., *Bibliographie sélective sur l'organisation internationale / Select bibliography on international organization 1885-1964*, Union des Associations Internationales / Union of International Associations, Bruxelles, 1965, 150 pp.

DIMITROV, Th.D (ed.), *World Bibliography of International Documentation*, 2 Vols., Berlin, Walter de Gruyter, 1982.

PAPADAKIS, Nikos / GLASSNER, Martin, *International Law of the Sea - A Bibliography*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1980, 1980 Supplement, 1984, 579 pp.

HEERE, W.P., *International Bibliography of Air Law, 1900-1971*, Sijthoff, Leyden, 1972, 569 pp. Supplement 1972-1976, 1976, 160 pp.

F) Publicaciones periódicas que publican regularmente bibliografías sistematizadas

Annuaire Français de Droit International

Netherlands Yearbook of International Law. Continua los "Selective Surveys of Literature on Public and Private International Law" publicados en la *Netherlands International Law Review* creados por Bart Landheer, director de la Biblioteca del Palacio de la Paz de La Haya (1952-1969).

3. OBRAS DE CONSULTA AUXILIARES

A) Diccionarios de relaciones internacionales

Dictionnaire Diplomatique, Académie Diplomatique Internationale, 7 Vols., Paris, desde 1933.

HAENSCH, Günther, *Wörterbuch der internationalen Beziehungen und der Politik. Systematisch und alphabetisch. Deutsch - English französisch - Spanisch*, Max Hueber Verlag, München, 1965.

OSMANCZYK, Edmund Jan, *Enciclopedia Mundial de Relaciones Internacionales y Naciones Unidas*, Fondo de Cultura Económica, México Madrid-Buenos Aires, 1976, 1236 pp.

ZORGBIBE, Ch., *Dictionnaire de politique internationale*, Paris: Presses Universitaires de France, 1988, 195 pp.

B) Anuarios geográficos y políticos

El estado del mundo, Anuario económico y geopolítico mundial, Ed. Akal, Madrid, publicados anualmente desde 1984. La primera parte de la obra (Un mundo en mutación) contiene dos secciones: El estado de las relaciones internacionales y el Estado de la economía mundial). La segunda parte (Todos los países del mundo), presenta la situación de los Estados del mundo agrupados por regiones, siguen anexos con tablas estadísticas mundiales, listado de organizaciones internacionales universales y regionales, direcciones de internet y un índice de países.

Calendario Atlante de Agostini, Ed. Agostini, Novara. Anual.

The Statesman's Yearbook, Longmans, London. Annual.

C) Repertorios de informaciones internacionales

Keesing's Contemporary Archives of World Events. Resumen de noticias de actualidad internacional publicado en fascículos periódicos desde 1931. A partir de 1987 se publicó como *Keesing's Record of World Events* hasta 2016 y en formato digital como *Keesing's Online*. Informa sobre cambios de gobierno, conflictos armados, tratados, conferencias y organizaciones internacionales, legislación, presupuestos, medio ambiente y descubrimientos científicos.

D) Vocabularios

MARTINEZ LAGE, Santiago, *Breve diccionario diplomático*, Oficina de Información Diplomática, Madrid, 1982, 283 pp.

MARTINEZ LAGE, Santiago y MARTINEZ MORCILLO, Amador, *Diccionario Diplomático Iberoamericano*, Ediciones de Cultura Hispánica - Instituto de Cooperación Iberoamericana, Madrid, 1967, 249 pp.

E) Obra de referencia sobre publicaciones periódicas en general

Ulrich's International Periodical Directory, Bowker, New York, Numerosas reediciones desde 1959.

4. REPERTORIOS Y COLECCIONES DE TRATADOS INTERNACIONALES

A) Repertorios e índices generales

MYERS, Denys P., *Manual of Collections of Treaties and of Collections Relating to Treaties*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1922.

List of Treaty Collections / Liste de recueils de traités / Lista de colecciones de tratados, Naciones Unidas, N.Y., 1956.

ROHN, P. (ed.), *World Treaty Index*, 6 Vols., European Bibliograph Center - Clio Press, Oxford, 1981.

BOWMAN, M.J. Y HARRIS, D.J., *Multilateral Treaties. Index and Current Status*, Butterworth, London, 1984, 516 pp. 6th Cumulative Supplement, Nottingham: University of Nottingham Treaty Centre, 1989, 157 pp.

Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General, U.N. Doc. ST/LEG/SER. E/7.

Statement of Treaties and International Agreements, Registered or filed and recorded with the Secretariat during the month of ... / Relevé des traités a et accords internationaux, Enregistrés ou classés et inscrits au répertoire au Secrétariat pendant le mois de ...

B) Colecciones generales de tratados

MARTENS, G.F. de, *Recueil des Traités*, 134 vols., 5 tablas (Göttingen y Leipzig, 1791-1944). Se publicaron diversas series con títulos ligeramente diferentes.

- a) *Recueil des principaux traités d'alliance, de paix, de trêve, de neutralité, de commerce, de limites, d'échange, etc., conclu par les puissances de l'Europe tant entre elles qu'avec les puissances et états dans d'autres parties du monde depuis 1701 jusqu'à présent*, Gottingue, Jean Chrétien Dietrich, 1791-1801, 7 Vols. Cubre el periodo 1761-180. Los textos se reproducen en el idioma original.
- b) *Supplement au Recueil ...*, Gottingue, Henri Dietrich, 1802-1808, 4 vols. El tomo I contiene un «Discours préliminaire sur les différents recueils de traités publiés jusqu'à ce jour» (pp. III a LXXIII). Cubre el periodo 1494-1807.
- c) *Recueil ...*, 2e édition revue et augmentée, Gottingue, Dietrich, 1817-1835, 8 vols. Cubre el periodo 1761-1808.
- d) *Nouveau Recueil ...*, Gottingue, Dietrich, 1817-1842, 16 vols. Cubre el periodo 1808-1839.
- e) *Nouveaux Suppléments ...*, Gottingue, Dietrich, 1839-1842, 3 vols. Cubre el periodo 1761-1839.
- f) *Nouveau Recueil général ... (1ª serie)*, Gottingue, Dietrich, 1843-1875. 20 vols. Cubre el periodo 1817-1874. *Table générale...*, Gottingue, Dietrich, 1875-76, 2 vols. cubre los veinte volúmenes del Recueil Nouveau con índices cronológicos y alfabéticos.
- g) *Nouveau Recueil général ... (2ª serie)*, Gottingue (Leipzig desde el tomo XXII, 1897), Dietrich, 1876-1908, 35 vols. Cubre el periodo 1776-1907. Hay una *Table du Nouveau Recueil général ... (2ª serie)* de Theodor Weicher, Leipzig, Dietrich, 1900, 1 vol. Cubre el periodo 1776-1907. Índices cronológico y alfabético.
- h) *Nouveau Recueil général de traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international. Troisième série*, Leipzig, Dietrich-Theodor Weicher (hasta 1915); Leipzig,

Theodor Weicher (1915-1932); Leipzig, Hans Buske (1933-1940); Greifswald, Julius Abel (1941-1944). Cubre el periodo 1799-1944. Tables du Nouveau Recueil général ..., (3ª serie), Leipzig, Theodor Weicher, 1922 y 1930; Hans Buske, 1935, 3 vols. Cubre el periodo 1799-1935. Indices cronológico y alfabético.

SOCIETE DES NATIONS, *Recueil des Traités. Traités et engagements internationaux enregistrés par le Secrétariat de la Société des Nations. LEAGUE OF NATIONS, Treaty Series. Publication of Treaties and International Engagements registered with the Secretariat of the League of Nations. 1920-1943*. Cubre el periodo 1918-1943. Contiene 4.834 tratados reproducidos en su idioma original junto con la traducción francesa e inglesa. A cada tratado se le ha dado un número correspondiente al orden de registro. Cada volumen contiene en un anexo las ratificaciones, adhesiones, declaraciones, etc. de los tratados registrados.

UNITED NATIONS, *Treaty Series*, Treaties and international agreements registered or filed and recorded with the Secretariat of the United Nations. NATIONS UNIES, *Recueil des Traités*, Traités et accords internationaux enregistrés ou classés et inscrits au répertoire au Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies.

www.treaties.un.org

Contiene los tratados y acuerdos internacionales registrados y clasificados e inscrito en la Secretaría de la Organización de las Naciones Unidas desde el 14 de diciembre de 1946.

Los tratados están reproducidos en su idioma original junto con las traducciones inglesa y francesa. A cada tratado se le ha dado un número correlativo según el orden de su registro. Cada volumen está dividido en dos partes: 1) tratados y acuerdos internacionales registrados y 2) tratados y acuerdos internacionales clasificados e inscritos. Cada volumen contiene en anexos las ratificaciones, adhesiones, declaraciones, etc. a los tratados registrados en la Secretaría de las Naciones Unidas y en la Secretaría de la Sociedad de las Naciones. El vol. 1 contiene una nota introductoria sobre el registro de tratados de conformidad con el art. 102 de la Carta de las Naciones Unidas.

Se publica un Índice general de la serie en volúmenes que cubren cincuenta volúmenes de la colección. Cada volumen del índice general contiene: 1) una relación de los tratados y acuerdos internacionales con los títulos de los instrumentos tal como aparecen en los índices de contenido en los volúmenes de la colección en la que se indican los idiomas de textos originales; 2) un índice cronológico; 3) una relación de los acuerdos internacionales de carácter general publicados en la colección y 4) unos índices alfabéticos de los tratados y acuerdos internacionales referidos a los Estados parte y a la materia que se refieren.

HUDSON, M.O., *International Legislation*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1931-1950. 9 vols. Colección de tratados internacionales multilaterales de interés general celebrados durante el período 1919-1945. Cada volumen tiene un índice cronológico y un índice de materias. Los textos van acompañados de notas y bibliografía.

PARRY, Clive, *The Consolidated Treaty Series 1648-1918*, Dobbs Ferry, N.Y., Oceana Publications, Inc., 1969-1981. 231 Vols. Esta colección se complementa con los siguientes volúmenes de índices:

HILL, Brian H.W.; IRWIN, Paul y MEYER, Michael A., *Index Guide to Treaties Based on Consolidated Treaty Series*, Dobbs Ferry, N.Y., Oceana Publications, Inc.

C) Repertorios e índices de tratados de España

LOPEZ OLIVAN, Julio, *Repertorio diplomático español*, Índice de los tratados ajustados por España 1125-1935 y otros documentos internacionales, Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1944.

Censo de tratados internacionales suscritos por España, Servicio de Informática, Secretaría General Técnica, Ministerio de Asuntos Exteriores. 3 Tomos, Madrid, 1976.

D) Colecciones de tratados de España

ABREU y BERTODANO, José Antonio, *Colección de los Tratados de paz, alianza, neutralidad, garantías, protección, tregua, mediación, accesión, reglamento de límites, comercio, navegación, etc., hechos por los pueblos, reyes y príncipes de España con los pueblos, reyes, príncipes, repúblicas y demás potencias de Europa y de otras partes del mundo ... desde antes del establecimiento de la monarquía gótica hasta el final del reinado del Rey Nuestro Señor Don Felipe V*. Volúmenes 1 a XII. Madrid, Diego Peralta, Antonio Marín y Juan Zúñiga, 1740-1752. 1598-1700.

CAPMANY y DE MONTPALAU, Antonio de, *Colección de los tratados de paz, alianza, comercio, etc. ajustados por la Corona de España con las potencias extranjeras desde el reinado del Señor Don Felipe V hasta el presente*, Madrid, Imprenta real, 1796-1801, 3 vols. Cubre el periodo 1701-1801.

—, *Colección de tratados de paz, alianza, comercio, etc.*, reimpresión, Madrid: Real Academia de la Historia / Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2022, con un estudio introductorio de María Lorente Sariñena y Héctor Domínguez Benito “Las colecciones españolas de tratados en el siglo XVIII”, pp. 5-81.

—, *Colección de antiguos Tratados de paces y alianzas entre algunos reyes de Aragón y diferentes príncipes infieles del Asia y África desde el siglo XIII al XV*. Madrid, 1786.

CANTILLO, Alejandro del, *Tratados. Convenios y Declaraciones de paz y de comercio que han hecho con las potencias extranjeras los monarcas españoles de la casa de Borbón*. Madrid, Imprenta de Alegría y Charlain, 1843. 1 vol. Cubre el periodo 1700-1842.

JANER, Florencio, *Tratados de España. Documentos internacionales del reinado de Doña Isabel II desde 1842 a 1868*. Madrid, Imprenta de Miguel Ginesta, 1869.

MINISTERIO DE ESTADO, *Tratados de España (1842-1863)*. Madrid, Miguel Ginesta, 1869.

MINISTERIO DE ESTADO, *Tratados de España desde 1842 a 1860*. Madrid, Miguel Ginesta, 1874.

MINISTERIO DE ESTADO, *Tratados de España de Octubre de 1868 a fines de 1874*. Madrid, Miguel Ginesta, 1875. El recopilador de este volumen fue Jerónimo Becker y González.

MINISTERIO DE ESTADO, *Tratados de España (1875 a 1885)*. Madrid, Miguel Ginesta, 1887. En 1895 se publicó un nuevo volumen que contiene los tratados desde 1885 a 1895.

BECKER, Jerónimo, *Colección de tratados, convenios, y demás documentos de caracter internacional firmados por España ... (1868-1874)*. Madrid, Imprenta del Ministerio de Estado, 1907. Los textos se publican en los idiomas originales.

VILLA ANTONIA, Marqués de la, *Colección oficial de los Tratados firmados por España (1900-1905)*. Ministerio de Estado, Madrid, 1929.

OLIVART, Marqués de (Ramón de Dalmau), *Colección de los tratados, convenios y documentos internacionales celebrados por nuestros gobiernos con los estados extranjeros desde el reinado de Doña Isabel II hasta nuestros días*. Madrid, El Progreso Editorial, 1890-1911. 14 tomos. Cubre el periodo 1834-1904. Los textos se reproducen en el idioma original. Hay numerosas notas que remiten a las fuentes.

—, *Tratados y documentos internacionales de España publicados en la Revista de Derecho internacional y política exterior*. Madrid, Hijos de R. Álvarez, 1905-1912. 4 vols. Cubre el período 1900-1910.

GOMEZ OCERIN, Justo, *Colección de Tratados, convenios y otros documentos de caracter internacional firmados por España*. Tercera época. Tomo 1, 1944-45, Artes Gráficas Arges, 1955. Del mismo autor se publicó un tomo 11 con Tratados correspondientes al año 1945 editado por la imprenta del Ministerio de Asuntos Exteriores en 1960.

Colección de Tratados Internacionales suscritos por España. Bilaterales. Oficina de Información Diplomática., Vols. I-V, Madrid, 1977-1982.

E) Colecciones privadas de tratados internacionales de España

FERRATER, Esteban, *Código de Derecho Internacional*, o sea Colección metódica de los tratados, Barcelona, Martín Inda:, 1846-1847.

GOÑI, Facundo, *Nota de los Tratados que ha celebrado España con las potencias extranjeras desde el advenimiento de la dinastía de Borbón*, Madrid, Ramón Rodríguez de Rivera, 1848. Es un apéndice del Tratado de las Relaciones Internacionales de España de dicho autor.

RIBO, José Joaquín, *La Diplomacia Española*, Colección de Tratados celebrados entre España y las demás naciones desde 1801 a Don Amadeo 1, Madrid, Elizaldo y Hano, 1871.

OCHOA, C de, *Código, leyes y tratados vigentes*, París, Dauret, 1885.

GARCIA MORENO, Alejo, *Leyes y Tratados Internacionales*, Madrid, Góngora, 1885.

F) Recopilaciones de tratados básicos publicadas en castellano

RAVENTOS NOGUER, M. y OYARZABAL VELARDE, I. de, *Colección de Textos Internacionales*, Prólogo de A. de Luna García, Tomo 1, Bosch ed., Barcelona, 1936 (1106 pp.)

- GARCIA ARIAS, Luis, *Corpus Iuris Gentium*, Zaragoza, 1968 (868 pp.)
- OBIETA CHALBAUD, Jos4 A. de, *Documentos internacionales del Siglo XX*, Universidad de Deusto - Ediciones Mensajero, Bilbao, 1972 (525 pp.)
- MESA, Roberto, *La sociedad internacional contemporánea*, Documentos básicos, 2 Tomos, Ed. Taurús, Madrid, 1982, 447 y 276 pp.
- GONZALEZ CAMPOS, Julio D.; SANCHEZ RODRIGUEZ, L.I. y ANDRES SAENZ DE SANTA MARIA, M. Paz, *Materiales de prácticas de Derecho Internacional Público*, Servicio de Publicaciones, Universidad de Oviedo, 3 I ed., Oviedo, 1984 (844 pp.)
- REMACHA, José Ramón, *Derecho internacional codificado*, Derecho de Fuentes. Recopilación sistemática de textos y tratados, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1984 (1136 pp.)
- GUTIERREZ ESPADA, Cesáreo y CALVO-CARAVACA, Alfonso-Luis, *Textos de Derecho internacional público*, Ed. Tecnos, Madrid, 1986, 921 pp.
- Acción Exterior. Régimen Jurídico*, Colección Compilaciones; Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1987, (621 pp.).
- CASANOVAS y LA ROSA, O. y RODRIGO HERNANDEZ, A. J. *Casos y Textos de Derecho Internacional Público*, 7ª ed., Madrid: Editorial Tecnos, 2016, 1 pp.
- CORRIENTE CORDOBA, J.A, *Derecho Internacional Público. Textos Fundamentales*, Madrid: 1989, 1190 pp.
- TORRES UGENA, N., *Textos normativos de Derecho Internacional público*, 11ª ed., Madrid: Editorial Civitas, 2008, 2030 pp.,
- ANDRES SAENZ DE SANTA MARIA, Paz, *Legislación básica de Derecho internacional público*, 13ª ed., Madrid, Ed. Tecnos, 2013, 1383 pp.

G) Recopilaciones monográficas de tratados publicados en castellano

A) MARRUECOS

CAGIGAS, Isidro de las, *Tratados y convenios referentes a Marruecos*, Instituto de Estudios Africanos, Madrid, 1952.

Convenios y otros textos hispano-marroquí suscritos desde la declaración de independencia de Marruecos de 17 de Abril de 1956, Madrid, Imprenta del Ministerio de Asuntos Exteriores, 1960.

B) DERECHO DEL MAR

AZCARRAGA, José Luis, *Legislación Internacional Marítima*, I, Madrid, Instituto Francisco de Vitoria, 1955.

MESEGUER, José Luis, *Acuerdos bilaterales de pesca suscritos por España*, Madrid, Secretaría General de Pesca Marítima, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, 1984, 169 pp.

ARROYO, Ignacio, *Convenios internacionales marítimos*, 3 vols., Barcelona, 1986. 2388 pp.

C) ESPACIO AÉREO Y ESPACIO ULTRATERRESTRE

Textos aéreos internacionales, por la Sección de Derecho Aeronáutico del Instituto “Francisco de Vitoria”, Madrid, s.d., Ministerio del Aire - Consejo Superior de Investigaciones Científicas. 432 pp.

MAPELLI; Enrique y COMES, Roberto, *Convenios multilaterales sobre tráfico aéreo*, Madrid, Iberia, Asesoría Jurídica, 1969, pp. 504.

TAPIA SALINAS, Luis y LOPEZ GUTIERREZ, Juan J., *Textos Internacionales sobre el Espacio*, Madrid, 1966, Consejo Superior de Investigaciones Científicas y Ministerio del Aire, 599 pp.

D) PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

Calidad de vida. medio ambiente y ordenación del territorio. Textos internacionales. Recopilación de Fernando Fuentes Bodelón. CEOTMA (Centro de Estudios de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente)-CIFCA, 3 vols., Madrid, 1982. 857; 1149 y 1180 pp.

E) PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

OBIETA CHALBAUD, José A., *El Derecho internacional de la persona humana*, Ed. Mensajero, Bilbao, 1974, 582 pp.

HERVADA, Javier y ZUMAQUERO, José M., *Textos internacionales de derechos humanos*, Ediciones de la Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1978. 1012 pp.

TRUYOL y SERRA, Antonio, *Los derechos humanos. Declaraciones y convenios internacionales*, 31 ed., Madrid, Ed. Tecnos, 1982,. 200 pp.

SANCHEZ RODRIGUEZ, Luis Ignacio y GONZALEZ VEGA, Javier, *Derechos humanos. Textos internacionales*. Biblioteca de Textos Legales, 5ª ed., Madrid, Ed. Tecnos, 2003, 709 pp.

F) DERECHO DIPLOMÁTICO Y CONSULAR

VILARIÑO PINTOS. Eduardo, *Normas básicas de Derecho diplomático y consular, Internacionales e Internas*, Madrid, Ed. Tecnos, 2017, 400 pp.

Tratados consulares de España (vigentes en 1 de enero de 1958), Madrid, Dirección General de Asuntos Consulares, Imprenta del Ministerio de Asuntos Exteriores, 1958.

G) COOPERACIÓN INTERNACIONAL

Acuerdos comerciales, Madrid, Secretaría General Técnica, Ministerio de Comercio, 1974.

RAMOS MENDEZ, F., *Código procesal civil internacional*, Barcelona, Librería Bosch, 1985, 952 pp.

Convenios de extradición, Madrid, Centro de Publicaciones, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, 1980, 382 pp

Tratados multilaterales de cooperación jurídica internacional, Madrid: Centro de Publicaciones, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, 1988, 664 pp.

H) DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

ORIHUELA CALATATUD, Esperanza, *Derecho internacional humanitario, Tratados internacionales y otros textos*, Madrid, McGraw Hill, 1998, 901 pp.

5. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

A) Tribunal Permanente de Justicia Internacional y Corte Internacional de Justicia

A) PUBLICACIONES OFICIALES DEL T.P.J.I.

Desde 1922 a 1946 el Tribunal Permanente de Justicia Internacional /Cour permanente de Justice internationale publicó las series siguientes/

- Série A (Nº 1-24): *Recueil des arrêts* (hasta 1930 inclusive).
- Série B (Nº 1-18): *Recueil des avis consultatifs* (hasta 1930 inclusive).
- Série A/B (Nº 40-30): *Arrêts, ordonnances et avis consultatifs* (a partir de 1931).
- Série C (Nº 1-19): *Actes et documents relatifs aux arrêts et aux avis consultatifs de la Cour* (hasta 1930 inclusive).
- Série C (Nº 52-88): *Plaidoiries, exposés oraux et documents* (a partir de 1951).
- Série D (Nº 1-6): *Actes et documents relatifs à l'organisation de la Cour*.
- Série E (Nº 1-16): *Rapports annuels*
- Série F (Nº 1-4): *Index généraux*

Existe una reimpression de las publicaciones del T.P.J.I. realizada por Kraus Reprint Co., Kraus-Thomson Organization Limited, Route 100, Millwood, NY 10546, Estados Unidos de América.

B) PUBLICACIONES OFICIALES DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

www.icj-cij.org

Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances.

Serie bilingüe (francés e inglés) en la que se publican las sentencias, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia. Estas decisiones de la C.I.J. se publican como fascículos independientes a medida en que se dictan. Para poderse encuadernar en un volumen que comprende todas las decisiones dictadas el mismo año los fascículos llevan una paginación doble: en la parte inferior de la página aparece la paginación correspondiente al fascículo y en la parte superior consta la paginación del volumen anual.

En enero de cada año se publica un índice de las decisiones dictadas el año anterior. Quienes adquirieron los fascículos y el índice a medida en fueron publicándose pueden adquirir unas tapas para encuadernarlos. También pueden comprarse todas las decisiones de un año y el índice ya encuadernados en un volumen.

El primer volumen de la serie, excepcionalmente, es bianual *Recueil 1947-1948*. Los *Recueils* 1965, 1967, 1968, 1977, 1979 y 1983 debido al escaso número de decisiones que contienen no llevan índice.

La forma oficial de citar la serie es *C.I.J. Recueil* indicando a continuación el año también en cursiva. Para citar un fascículo independiente se indica el título abreviado del asunto y la naturaleza de la decisión: Por ejemplo: *Nottebohm. exception préliminaire, arrêt. C.I.J. Recueil 1953*, p. 111 o *Nottebohm. ordonnance du 15 janvier 1954. C.I.J. Recueil 1954*, p. 7. En cada *Annuaire* de la Corte aparece una relación de los títulos abreviados que utiliza la Corte, los Estados en sus documentos dirigidos a la Corte y que es aconsejable seguir en las citas de decisiones de la Corte en los trabajos científicos.

Mémoires. plaidoiries et documents

Los volúmenes de esta serie se publican terminado un asunto y reproducen el expediente del asunto en el idioma original, francés o inglés según los casos.

La publicación comprende el instrumento de incoación del procedimiento, los escritos del procedimiento escrito y sus anexos, las actas de las vistas o sesiones públicas ante la Corte, los documentos presentados a la Corte finalizado el procedimiento escrito y la correspondencia. La Corte decidió en 1967 que en adelante no se publicarían los anexos a los documentos del procedimiento de los asuntos que hayan sido excluidos de la lista que lleva la Corte ya sea porque la solicitud que incoa el procedimiento reconoce que la parte contraria no ha aceptado la competencia de la Corte ya sea porque se ha producido una solución amistosa del litigio o un desistimiento.

La cita abreviada de la serie es: *C.I.J. Mémoires*, seguida de] título abreviado del asunto. Por ej.: *C.I.J. Mémoires. Nottebohm*, vol. I. Para los títulos abreviados hay que consultar igualmente el último volumen del *Annuaire* de la C.I.J.

El número de volúmenes correspondiente a cada caso depende de la extensión de sus documentos. Los volúmenes de esta serie publicados hasta el 31 de diciembre de 1964 están encuadernados y los demás están en rústica.

Actes et documents relatifs a l'organisation de la Cour

En esta serie se ha publicado siete volúmenes bilingües (en francés e inglés). La última versión, que lleva el número 7, contiene la Carta de las Naciones Unidas, el Estatuto y el

Reglamento de la C.I.J. así como las instrucciones sobre el procedimiento y otros textos básicos.

La cita abreviada es: *C.I.J. Actes et documents*, indicando a continuación el número del volumen.

Annuaire

Cada año, durante el tercer trimestre, se publica un *Annuaire* en el que se informa sobre la actividad de la Corte desde el primero de agosto del año anterior hasta el 31 de julio del año en curso. Esta publicación tiene dos ediciones: una francesa (*Annuaire*) y otra inglesa (*Yearbook*).

El primer volumen de la serie es el *Annuaire 1946-1947*. Los dieciocho primeros volúmenes están encuadernados y el resto en rústica.

La cita abreviada es: *C.I.J. Annuaire*, indicando a continuación el año al que hace referencia el volumen de que se trata. Por ej.: *C.I.J. Annuaire 1954-1955*.

Bibliographie de la Cour internationale de Justice

A comienzos de cada año, el Secretariado publica una lista de obras y documentos relativos a la Corte de los que ha tenido conocimiento a lo largo de los doce meses precedentes.

Las *Bibliographies* N°1-18 constituían el capítulo IX de los *Annales* y *Yearbooks* publicados hasta 1963-1964. A partir del N°19 las *Bibliographies* se publican en la forma de fascículos independientes (con una introducción e índices bilingües: francés e inglés), aunque pensados en forma que puedan encuadernarse junto al cabo de varios años.

La cita abreviada es: *C.I.J. Bibliographie*, indicando el número del volumen y, en su caso, de la cifra correspondiente al título citado. Por ej.: *C.I.J. Bibliographie n°7*: 2528 para las bibliografías anteriores al número 35 y *C.I.J. Bibliographie n°35*: 81: 150 desde el mencionado número.

C) REPERTORIOS TEMÁTICOS

HAMBRO, E., *The Case Law of the International Court / La jurisprudence de la Cour internationale*, Sijthoff, Leyden. Selección de extractos de las decisiones del T.P.J.I. y de la C.I.J. ordenados sistemáticamente. Vols. I - IV-C.

HAMBRO, E. y ROVINE, Arthur W., *The Case Law of the International Court of Justice, A Repertoire of the Judgements, Advisory Opinions and Orders of the International Court of Justice including Dissenting and Separate Opinions / La Jurisprudence de la Cour internationale, Un répertoire des arrêts, avis consultatifs et ordonnances de la Cour internationale de Justice y inclus les opinions individuelles et dissidentes*, Sijthoff, Leyden. 1965-1974. Continuación del anterior.

FONTES IURIS GENTIUM, Colección iniciada bajo la dirección de Viktor Bruns, Max Panck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Berlin, Carl Heymanns Verlag.

Series A, Sectio I, Tomus 1: Répertoire des Décisions de la Cour permanente de Justice internationale 1922-1930. 1931, reimpresión 1964. 477 pp.

Series A, Sectio 1, Tomus III: Répertoire des Décisions de la Cour permanente de Justice internationale 1931-1934, 1935, reimpresión 1964, 198 pp.

Series A, Sectio 1, Tomus IV: Répertoire des Décisions de la Cour permanente de Justice internationale 1934-1940, 1963, 492 pp.

Series A, Sectio 1, Tomus V: Répertoire des Décisions de la Cour internationale de Justice 1947-1958, 1961, 1256 pp.

Series A, Sectio 1, Tomus VI Pars 1 y Pars 2: Répertoire des Décisions de la Cour internationale de Justice 1959-1975, Rudolf Berhardt, Michael Bothe, Josef Jurina y Karin Oellers-Frahm, eds. 1978, Berlin *et al*, Springer Verlag, 1672 pp.

Répertoire des décisions et des documents de la procédure écrite et orale de la C.P.J.I. et de la Cour internationale de Justice, Institut Universitaire des Hautes Etudes Internationales, Genève iniciada bajo la dirección de Paul Guggenheim.

Série 1: Cour permanenete de Justice internationale, 1922-1945.

Tome I: Droit international et droit interne, por K. Marek (1961).

Tome II: Les sources du droit international, por K. Marek, H.P. Furrer y A. Martin Breviaie

Tome III: Les sujets du droit international, por L. Cafilisch, Ch. Verdon, H.J. Geiser y H. Reimann (1973).

Tome IV: Les compétences de l'Etat, por P. Haggemacher y R. Perruchoud (1984).

PASTOR RIDRUEJO, J.A., *La jurisprudencia del Tribunal Internacional de la Haya, Sistematización y comentarios*, Madrid, Ed. Rialp, 1962.

D) RESUMENES Y COMENTARIOS

VERZIIL, J.H.W., *The Jurisprudence of the World Court*, Leyden, Sijthoff, Vol. 1 (T.P.J.I.) y Vol. 2 (C.I.J.), 1966.

SYATAUW, J.J.R., *Decisions of the International Court of Justice*, 2ªed., Leyden, Sijthoff, 1969.

DISTEFANO, Giovanni y BUZZINI, Gionata P., *Bréviaire de juirsprudence internationale. Les fondamentaux du droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 1548 pp.

TCHIKAYA, Blaise, *Mémento de la jurisprudence, Droit international public*, 5^{ème}. Ed., Paris, Hachette, 2010, 160 pp.

MAREK, K., *Précis de la Jurisprudence de la Cour internationale A Digest of the Decisions of the International Court*, Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales, Genève / Graduate Institute of International Studies, Geneva. La Haye, Martinus Nijhoff.

Vol. I: Cour permanente de Justice internationale / Permanent Court of International Justice. 1974. 1193 pp. Contiene resúmenes de las decisiones, opiniones individuales y disidentes del T.P.J.I.

Vol. II: Cour internationale de Justice. Première partie / International Court of Justice. Part One. 1978, 717 pp. Contiene resúmenes de las decisiones, opiniones individuales y disidentes de 1948-1962.

Vol. II: Cour internationale de Justice. Deuxième partie / International Court of Justice. Part Two. 1978, pp. 718-1423. Contiene resúmenes de las decisiones, opiniones individuales y disidentes de 1962 a 1973.

EISEMANN, P. y COUSSIRAT-COUSTERE, V., *Petit manuel de la jurisprudence de la Cour Internationales de Justice*, Paris, A. Pedone, 1984, 412 pp.

B) Tribunal Contencioso Administrativo de las Naciones Unidas y Tribunal de Apelaciones de las Naciones Unidas

www.un.org/es/internaljustice/undt

www.un.org/es/internaljustice/unat

Anuario Jurídico de las Naciones Unidas.

C) Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM)

www.itos.org

Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances. Colección anual bilingüe (francés e inglés) de las decisiones del TIDM iniciada como TIDM Recueil 1997. También existe en versión electrónica.

Repertoire de jurisprudence. Contiene resúmenes de los asuntos decididos por el TIDM y extractos de la jurisprudencia clasificados por temas. La primera edición del Repertoire se publicó en 2016 y se publican ediciones posteriores puestas al día.

D) Corte Penal Internacional

www.icc-cpi.int

En la página web de la International Criminal Court / Cour penale internationale se publican sus decisiones en las secciones

Judgements, Decisions and Orders

Arrêts, décisions et ordonnances.

E) Organización Mundial de Comercio (WTO). Organo de Solución de Diferencias (OSD)

www.wto.org

La OMC/OSD dispone de una página web en la se pueden conocer los asuntos según diversos criterios de búsqueda.

Handbook of WTO/GATT Dispute Settlement On Line. Edición digital de la editorial Brill con resúmenes actualizados de los asuntos decididos por el Sistema de Solución de Diferencias de la OMC/GATT con numerosos índices.

F) Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)

www.icsid.worldbank.org

Informe Anual del CIADI. Memoria de las actividades del CIADI durante el ejercicio económico del año anterior.

ICSID Review. Foreign Investment Law Journal. Publicación periódica especializada en el Derecho internacional de las inversiones extranjeras y la solución de controversias en este ámbito.

G) Comisión Europea de Derechos Humanos y Tribunal Europeo de Derechos Humanos

www.ehr.coe.int

A) PUBLICACIONES OFICIALES DE LA COMISIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS

Commission Européenne des Droits de l'Homme: Rapports de la Commission.

B) PUBLICACIONES OFICIALES DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Série A: *Arrêts et décisions*. Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme. Köln: Carl Heymanns Verlag.

Série B: *Mémoires, plaidoiries et documents*. Publications de la Cour Européenne des Drois de l'Homme. Köln: C. Heymanns.

C) PUBLICACIONES OFICIALES DEL COMITÉ DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA

Recueil des Resolutions du Comité adoptés en application des arts. 32 et 54 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Comité des Ministres. Conseil de l'Europe.

1953-1983, Strasbourg, 1984.

1984-1985, Strasbourg, 1986.

D) REPERTORIOS NO OFICIALES

Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme / Yearbook of the European Convention of Human Rights. La Haye, Martinus Nijhoff, 1956-.

Recueil des travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme, La Haye, Martinus Nijhoff, 1975-, 8 Vols.

BERGER, V., *Jurisprudence de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Sirey, 2ªed., 1989, 460 pp.

LEUPRECHT, P. y DIJK, P. van, *Digest of Strasbourg Case Law Relating to the European Convention on Human Rights*, 3 Vols., Köln, Carl Heymanns Verlag, 1984.

LINDE, Enrique; ORTEGA, Luis Ignacio y SANCHEZ MORON, Miguel, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*. Estudio de la Convención y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Coordinación y prólogo de Eduardo García de Enterría. 2ª edición, Madrid, Ed. Civitas, 1983. Contiene resúmenes de todas las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

PETZOLD, H., *La Convention européenne des droits de l'homme - Jurisprudence et documents / The European Convention on Human Rights Cases and Materials*, 5ª ed., Köln, Carl Heymanns Verlag, 1984. Además de los textos referentes a la Convención, los Protocolos adicionales y la jurisprudencia contiene el Reglamento interno de la Comisión Europea de Derechos Humanos, el Reglamento interno del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las Reglas de procedimiento del Comité de Ministros.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 25 años de Jurisprudencia 1959-1983, Boletín de Jurisprudencia Constitucional, Publicaciones de las Cortes Generales, Madrid, 1985, 1019 pp. Contiene traducidas al castellano todas las sentencias sobre el fondo dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y publicadas con anterioridad separadamente en el Boletín de Jurisprudencia Constitucional. Sigue un orden cronológico desde la primera sentencia dictada por el Tribunal (Caso *Lawless*, s. de 1 de julio de 1961) hasta la última del año 1983 (Caso *Axen*, s. de 8 de diciembre de 1983). Las sentencias posteriores se ha publicado separadamente en los números 45 y siguientes del *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*. Para su localización es útil el Índice acumulado que publica el B.J.C. al final de cada año.

6. ARBITRAJES INTERNACIONALES

A) Repertorios de arbitrajes

STUYT, A.M., *Survey of International Arbitrations 1794-1970*, Leyden, Sijthoff - Dobbs Ferry, N.Y., Oceana Publications, 1972 (1ª ed.: The Hague, Martinus Nijhoff, 1939).

En su defecto puede consultarse el índice de arbitrajes internacionales de O CONNELL, D.P., *International Law*, 2nd revised edition, London, Stevens & Sons, 1970, pp. 1195-1208.

B) Colecciones generales de laudos arbitrales

LA FONTAINE, H., *Pasicrisie internationale (1794-1900)*, Berne, Ed. Stämpfli, 1902.

LA PRADELLE, A. de y POLITIS, N., *Recueil des Arbitrages internationaux*. 3 Tomos, Paris, Ed. Pedone, 1905-1954..

MOORE, J.B., *International AdjudicationsJ Ancient and Modern*, 7 Vols New.York, Oxford University Press, 1929-1936.

SCOTT, James Brown, *Les travaux de la Cour permanente d'Arbitrage de La Haye*. Recueil des sentences, accompagnées de résumés des différentes controverses, des compromis d'arbitrage et d'autres documents soumis A la Cour et aux Commissions internationales d'enquête en conformité des Conventions de 1899 et de 1907 pour le règlement pacifique des conflits internationaux, New York, Oxford University Press, 1921, 492 pp.

—, *The Hague Court Reports*, Vol. 1: 1st Series, 1916; Vol. 2: 2nd Series, 1932. Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1916-1932. Contiene los laudos del Tribunal Permanente de Arbitraje.

FONTES IURIS GENTIUM, dir. por Viktor Bruns, C. Heymanns, Berlin.

Series A, Sectio 1, Tomus 2: Répertoire des décisions de la Cour permanente d'arbitrage 1902-1928. 1931. 308 pp.

Recueil des decisions des Tribunaux Arbitraux mixtes, instituées par les Traités de Paix, 9 Vols., Paris, 1922-1930

NATIONS UNIES / UNITED NATIONS, *Recueil des Sentences Arbitrales / Reports of International Arbitral Awards*, desde 1949, 18 volúmenes publicados. La colección no incluye los laudos publicados en las colecciones de Lafontaine, La Pradelle-Politis y Moore. Sin embargo reproduce los laudos del Tribunal Permanente de Arbitraje.

www.legal.un.org/riaa

Décisions de la Commission arbitrale sur les biens, droits et intérêts en Allemagne, 9 Vols., Coblenza, 1958-1967.

C) Repertorios temáticos

COUSIRAT-COUSTERE, Vincent - EISEMANN, Pierre-Michel, *Répertoire de la jurisprudence arbitrale internationale / Repertory of International Arbitral Jurisprudence*, Dordrecht: Martinus Nihjoff, 1989.

Vol. I: 1794-1918.

Vol. I: 1919-1945.

7. COLECCIONES DE JURISPRUDENCIA INTERNA

A) Generales

International Law Reports. Publicado inicialmente como *Annual Digest of Public International Law Cases*, dir. por J.F. Williams y H. Lauterpacht. Publicación anual desde 1919. A partir del volumen 17 (1950) cambia de título adoptando el de *International Law Reports*. Publicado actualmente por la editorial Cambridge University Press, bajo la supervisión del Lauterpacht Research Center for International Law de la Universidad de Cambridge. 204 vols. publicados. Repertorio de decisiones de tribunales internacionales y arbitrales, así como de jurisprudencia interna en cuestiones de Derecho internacional. Hay una edición digital en Cambridge Law Reports platform.

International Legal Materials, American Society of International Law, Washington. Publicación periódica de carácter documental que aparece seis veces al año incluye importantes sentencias internas.

B) Por países

DEAK, Francis y RUDDY, Frank S., *American International Law Cases: 1783-1979*, 1st Series. Dobbs Ferry, N.Y., Oceana Publications, Inc., 32 Vols. Colección continuada por:

REAMS, Bernard D., Jr., *American International Law Cases, 1979-1986*, 2nd Series, Dobbs Ferry, N.Y., Oceana Publications, Inc., 1986-1988, 8 vols.

PARRY, Clive, *British International Law Cases*, London, Stevens 1964-, 10 Vols.

FONTES IURIS GENTIUM, Colección iniciada por Viktor Bruns y continuada por C. Bilfinger, Hermann Mosler y Rudolf Bernhardt, 8 Vols. publicados. Berlin, Carl Heymanns Verlag (hasta el Tomo IV) y Berlin, Heidelberg, New York, Springer Verlag (a partir del Tomo V). Ha dejado de publicarse.

Nederlandse Jurisprudentie op Gebied van het Volkenrecht 1839-1968 's Gravenhage, T.M.C. Asser Instituut, 1966, 9 vols.

CAPOTORTI - SPERDUTI - ZICCARDI, *La giurisprudenza italiana in materia internazionale 1861-1890*, Napoli: Jovene, 1973, 10 vols.

PICONE, P. - CONFORTI, B., *La giurisprudenza italiana di diritto internazionale pubblico Repertorio 1960-1987*, Napoli: Jovene, 1989, XX + 1148 pp

Revistas especializadas de cada país. Para España: *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid.

8. PRÁCTICA DE LOS ESTADOS

A) Repertorios generales

FONTES HISTORIAE IURIS GENTIUM, *Quellen zur Geschichte des Völkerrechts*, dirigido por Wilhelm G. Grewe, Berlin – New York, Walter de Gruyter.

Vol. I Desde los inicios hasta 1493, 1995, 1380 pp.

Vol. II 1493-1815, 1988, 742 pp.

Vol. III 1815-1945. 1990, 1339 pp.

FONTES IURIS GENTIUM, dirigido por Viktor Bruns.

Series B, Sectio I, Tomus I y II: Digest of the Diplomatic Correspondence of the European States, Berlin, Carl Heymanns, 1932-1930. Cubre el periodo 1856-71 y 1871-1878. Consta de documentos oficiales ya publicados (notas diplomáticas, instrucciones a los representantes diplomáticos e informes de embajadores a sus gobiernos, etc.). Los textos seleccionados se reproducen en su idioma original. Cuando el texto original no está en inglés, francés o alemán, se proporciona la traducción a alguno de dichos idiomas.

B) Repertorios de la práctica de los Estados en el ámbito del Derecho internacional

A) ESTADOS UNIDOS

WHARTON, F., *A Digest of the International Law of the United States* Washington, GPO, 1086. 3 Vols.

MOORE, J.B., *A Digest of International Law as embodied in Diplomatic Discussions, Treaties and Other International Agreements, International Awards, the Decisions of Municipal Courts and the Writings of Jurists and Especially in Documents Published and Unpublished Issued by Presidents and Secretaries of State of the United States, the Opinions of the Attorneys-General and the Decisions of Courts, Federal and State, Whashington, GPO, 1906, 8 Vols. Reemplaza al repertorio de Wharton.*

HACKWORTH, G.H., *Digest of International Law*, Washington, GPO, 1940-1944. 8 Vols. Continúa el repertorio de Moore.

WHITEMAN, Marjorie M., *Digest of International Law*, Washington, Government Printing Office, 1963-1973..15 Vols. Continúa el repertorio de Hackworth.

NASH LEICH, Marian, *Digest of United States Practice in International Law* Washington, Government Printing Office, Continúa los repertorios anteriores pero desde 1973 adopta una edición anual de la práctica.

Restatement of the Law (Third). The Foreign Relations Law of the United States as adopted and promulgated by the American Law Institute at Washington, D.C. (May 14, 1986), St. Paul (Minn.), American Law Institute Publishers, 1987, 2 Vols., XXVIII + 641 y XXIV + 561 pp. Recopilación de las normas aplicables en materia de relaciones exteriores según la práctica (leyes y jurisprudencia fundamentalmente) seguida en los Estados Unidos. De conformidad con las características de la colección en que se ha publicado esta obra se adopta una presentación en forma de artículos codificados, seguidos de comentarios justificativos y explicativos del artículo correspondiente.

B) REINO UNIDO

McNAIR, A.D., *International Law Opinions*, Cambridge, University Press, 1956. 3 Vols. Selección de los dictámenes de los consejeros jurídicos del Foreign Office en materias de Derecho internacional.

PARRY, Clive (dir.), *A British Digest of International Law compiled principally from the archives of the Foreign Office*, London, Stevens & Sons.1965.

PARRY, Clive (dir.), *Law Officer's Opinions to the Foreign Office 1793-1860*, London, Gregg International Publishers Ltd, 1969. Reproducción facsímil de los dictámenes manuscritos de los consejeros jurídicos del Foreign Office durante el periodo de referencia. La colección consta de 95 volúmenes y dos volúmenes de índices con sucintos comentarios del Dr. Clive Parry.

C) FRANCIA

KISS, Ch.A., *Répertoire de la Pratique Francaise en matière de Droit International Public*, Paris, Editions du Centre National de la Recherche Scientifique, 1962. 7 Volúmenes, el último dedicado a índices. Basado principalmente en textos publicados. Cubre el período 1860-1962.

D) ITALIA

La prassi italiana di diritto internazionale, Società Italiana per l'Organizzazione internazionale, Consiglio Nazionale delle Ricerche. Dobbs Ferry, N.Y., Oceana Publications. 1970-1980

E) SUIZA

Répertoire suisse de droit international public, Documentation concernant la pratique de la Confédération en matière de droit international public 1914-1939, présenté par ordre du Conseil fédéral suisse par Paul Guggenheim, Bale, Helbing & Lichtenhahn Editions S.A., 1975. 5 Vols.

F) PAISES BAJOS

International Law in the Netherlands, Sik Ko Swann, A.M.Stuyt, H.F. Van Panhuys, J.W.Josephus Jitta and Wybo P.Heere, 3 vols. Alphen aan den Rijn, Sijhoff & Noordhoff/Dobbs Ferry, Oceana Publications 1978

H) BRASIL

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, *Repertorio da Practica Brasileira do Direito Internacional Publico*, Brasilia: Fundação Alexandre Gusmao, 1984-1987.

I) JAPÓN

ODA, Shigeru y OWADA, Hisashi, con la colaboración de Kayza Hirobe, *The Practice of Japan in International Law*, Tokyo, University of Tokyo Press, 1982, 471 pp.

C) **Publicaciones periódicas de documentos**

A) GENERALES

International Legal Materials, Washington: American Society of International Law. Seis números al año desde 1962. Contiene: Tratados y acuerdos internacionales seleccionados; Legislación de numerosos países. Concesiones y acuerdos entre Estados y empresas extranjeras. Sentencias y laudos internacionales e internos. Informes de organismos internacionales e internos. Resoluciones de organizaciones internacionales.

Documents d'actualité internationale (DAI), veinticuatro números al año desde 1972, publicados por "La Documentation française", que contienen una selección documental de textos oficiales en materia de relaciones internacionales, decisiones jurisprudenciales internacionales e internas.

B) ESPAÑA

Actividades, Textos y Documentos de la Política Exterior Española, Madrid, Oficina de Información Diplomática, Ministerio de Asuntos Exteriores. Cuadernos documentales publicados inicialmente con una periodicidad mensual. A partir de abril-mayo de 1966 son bi-mensuales. Al cabo del año las informaciones publicadas se refunden en un volumen anual. Desde 2008 se publica en línea. Su contenido consiste: Discursos y declaraciones de política exterior de S.M. el Rey, el Presidente del Gobierno y el Ministro de Asuntos Exteriores. Acuerdos del Consejo de Ministros (índice). Tratados y acuerdos (Firmados; publicados en el B.O.E.). Comunicados y Notas de Prensa de la OID (textos). Nombres y ceses en el Ministerio de Asuntos Exteriores. Datos biográficos de nuevos cargos. Disposiciones oficiales (Leyes, Decretos, Ordenes, Resoluciones publicados en el B.O.E.). Convocatoria de Becas

D) **Secciones de revistas dedicadas a la práctica de los Estados**

Las principales revistas especializadas en Derecho internacional publican secciones fijas que recogen la práctica internacional reciente de los respectivos países en que se publican. Estas secciones constituyen un medio esencial de actualización de los repertorios nacionales. También son inimportantísimas para el conocimiento de la práctica internacional de aquellos países que no poseen un repertorio de la práctica.

A) SECCIONES GENERALES

Revue Générale de Droit International Public, Paris, Ed. A. Pedone Cuatro números al año.

A partir del N° 1 de 1987 ha ampliado y sistematizado su sección “Documents” en la que incluye los textos de tratados u acuerdos internacionales, resoluciones y documentos de organizaciones internacionales, legislación interna de interés internacional, decisiones jurisprudenciales internacionales e internas. También se propone incluir contratos y arbitrajes entre Estados y empresas extranjeras. La práctica francesa ocupa un lugar preferente, pero el propósito de la sección es constituir el equivalente de International Legal Materials para los lectores de lengua francesa (Cf. M.V., “Les sources documentaires en droit international”, R.G.D.I.P. 1987, pp. 5-7)

B) ESPAÑA

Revista Española de Derecho Internacional, Madrid

En 1964 se inició una sección con el título “Reseña de la práctica española de Derecho internacional” a cargo de Julio D. González Campos (R.E.D.I., 1964, pp. 314-333) que continuó los años siguientes: R.E.D.I., 1965, pp. 285-315; R.E.D.I., 1966, pp. 493-515, R.E.D.I., 1967, pp. 570-591. En 1968 se interrumpe la sección. Al año siguiente la reanuda José Luis Fernández Flores, R.E.D.I., 1969, pp. 880-889, sin lograr darle continuidad. A partir de 1979 se publica una sección el título “Práctica española de Derecho Internacional”, R.E.D.I., 1978-1979, pp. 159-214 a cargo del Departamento de Derecho Internacional de la Universidad de Murcia y así sigue en R.E.D.I., 1980, pp. 265-365. En R.E.D.I., 1981, pp. 229-409 aparece bajo la firma de Cesáreo Gutiérrez Espada y Alfonso-Luis Calvo Caravaca, bajo la dirección de Antonio Remiro Brotons. En R.E.D.I., 1982, pp. 175-316 se incorpora al equipo anterior Rosa María Riquelme Cortado, manteniéndose dicho equipo inalterado en las reseñas publicadas en R.E.D.I., 1983, pp. 149-296; R.E.D.I., 1984, pp. 173-382 y R.E.D.I., 1985, pp. 497-661. En la reseña publicada en 1986 se añade al equipo Esperanza Orihuela Calatayud, R.E.D.I., 1986, pp. 633-788.

En cada año se recoge la práctica internacional española del año anterior. El sistema adoptado corresponde al de un índice con remisión a los lugares de publicación de los actos reseñados y sin incluir transcripción de los textos. Los actos incluidos comprenden: a) tratados publicados y en trámite de aprobación; b) legislación y c) actos políticos de control parlamentario de la actividad exterior del Estado (interpelaciones, mociones, preguntas, etc.). La ordenación de los actos en cada uno de estos epígrafes es alfabética y no sistemática, lo que a veces no facilita la consulta.

En 1989 se inicia una nueva presentación de la práctica española bajo la dirección de Julio D. González Campos con la colaboración de Cristina Izquierdo Sans, Carlos Jiménez Pieras y Luis Pérez-Prat Durban. Las cuestiones aparecen expuestas por orden alfabético de conceptos. Se publica una transcripción de los textos más significativos acompañada de exposiciones explicativas de sus antecedentes. Los textos seleccionados proceden de la actividad parlamentaria.

Anuario Español de Derecho Internacional, Universidad de Navarra, EUNSA. Se publica desde 1974. El último publicado es el Vol. N° 39 (2023)

Cada volumen incluye secciones dedicadas a la legislación y la jurisprudencia españolas en el ámbito del Derecho internacional público.

En el Vol. III (1976) José R. Remacha Tejada inició una sección de “Práctica diplomática española en materia de Derecho Internacional (1974)” que no tuvo continuidad. El Vol. VI (1982) contiene una sección con el título “Práctica española en materia de Derecho Internacional Público y Privado” que recoge la legislación (en forma de índice) y la jurisprudencia (con extractos de de sentencias sin notas); la parte referente al Derecho internacional público ha sido seleccionada por J.A. Corriente Córdoba. En los últimos años incluye una sección de “Decisiones de los órganos judiciales” que consiste en notas sobre sentencias de los tribunales internacionales, europeos y españoles en materia de Derecho internacional público.

Revista de Estudios Internacionales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

Desde 1981 ha publicado una sección de Documentación sobre política exterior, preferentemente centrada en la actividad española, a cargo de Carlos Jiménez Piernas. La revista ha dejado de publicarse en 1987.

C) E COLECCIONES TEMÁTICAS DE LA PRÁCTICA ESTATAL

United Nations Legislative Series (ST/LEG/SER.B/ -). 26 Vols

New Directions in the Law of the Sea, ed. Myron Nordquist; K.R. Simmonds; Houston Lay y R.R. Churchill, The British Institute of International and Comparative Law, Vols. I a XI

Amplia selección de tratados y acuerdos, leyes nacionales, declaraciones y documentos utilizados en la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. El Vol. III contiene los trabajos de un Congreso. El Vol. XI es un índice acumulativo de toda la colección.

Derecho del Mar. Acontecimientos recientes en la práctica de los Estados, Oficina del Representante Especial del Secretario General para el Derecho del Mar, Naciones Unidas, Nueva York, 1987, 237 pp.

9. PRINCIPALES PUBLICACIONES PERIÓDICAS

A) Anuarios

Annuaire français de droit international. Creado en 1955. Publicado por el Centre National de la Recherche Scientifique, París. Ha editado tres índices: 1955-1964; 1965-1974 y 1975-1964.

Annuaire suisse de droit international, Zurich, desde 1944-1990.

Anuario Español de Derecho Internacional, Universidad de Navarra, Pamplona.

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, publicación del Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ) de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).

Austrian Review of International and European Law, publicación anual, Brill-Nijhoff.

British Yearbook of International Law. Oxford University Press. Publicado desde 1920-1921. Hay un índice que comprende los vols. I-XXXVI.

Canadian Yearbook of International Law / Annuaire Canadien de Droit International. The University of British Columbia, Vancouver, B.C., desde 1963. Index Vols. I-AXV (1962-07).

German Yearbook of International Law / Jahrbuch für Internationales Recht, Hamburg-Kiel, desde 1951.

Netherlands Yearbook of International Law

Yearbook of World Affairs, Institute of World Affairs, London. Desde Vol. I 1947

B) Trimestrales

American Journal of International Law, American Society of International Law, Washington, D.C., desde 1906.

Archiv des Völkerrechts, Mohr Siebeck, Tübingen, desde 1948.

European Journal of International Law, European Society of International Law, Oxford University Press, desde 1989.

Journal du Droit international, Fundado en París en 1874 por Edouard Clunet con el título *Journal du Droit international privé*. Hay índices generales que cubren los períodos: 1874-1904 (4 vols.); 1905-1925 (1 vol.) y 1926-1955 (2 vols.).

Netherlands International Law Review, Leyden, desde 1954.

Revista Española de Derecho Internacional Madrid, desde 1949. Índice General, Volúmenes I-XXXV, 1946-1983, C.S.I.C., Madrid: 1989 367 pp. A partir de 2023 se edita en formato electrónico.

Revue belge de droit international, semestral, Bruselas, desde 1966.

Revue hellénique de droit international, Atenas, 1948-2016.

Revue suisse de droit international et européen / Schweizerisches Zeitschrift für internationale und europäisches Recht / Swiss Review of International and European Law (SRI-EL), de droit international desde 1991.

Rivista di diritto internazionale, Giuffrè'. Milano, desde 1906

Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. Max Planck Institute für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg, desde Vol. I, 1929.

C) Revistas electrónicas

Revista Electrónica de Estudios Internacionales. Publicación semestral en abierto de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales

(AEPDIRI) iniciada en el año 2000. Contiene estudios, notas, crónicas y reseñas bibliográficas sobre Derecho internacional público, Derecho internacional privado y Relaciones internacionales.

Spanish Yearbook of International Law. Publicación anual de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones internacionales iniciada en el año 1991. Desde 1991 a 2012 (vols. 1-17) se publicó por Martinus Nijhoff / Brill y desde el vol.18 (2013) se edita *on line* en abierto. Publica estudios sobre temas actuales de Derecho internacional público, Derecho internacional privado y Relaciones internacionales con especial atención a la doctrina y a la práctica convencional, legislativa y jurisprudencial españolas.

D) Bases de datos o repositorios digitales de publicaciones periódicas

Dialnet. Universidad de La Rioja. Sistema abierto de información de revistas, búsqueda de documentos, alertas, catálogos, etc. *Dialnet Plus* es la versión avanzada de *Dialnet* que mediante suscripción institucional proporciona las herramientas necesarias para optimizar las búsquedas y trabajar con los fondos disponibles.

HeinOnline Acceso completo mediante suscripción institucional a numerosas revistas jurídicas incluido su fondo retrospectivo, de Estados Unidos así como de otros países a través de la sección “International & Non US Law Journals”, incluido todo el fondo de la *Revista Española de Derecho Internacional*.

JSTOR Base de datos multidisciplinar de revistas y libros. En la sección “Law” se encuentran muchas revistas, aunque en muchas de ellas existe un embargo que no permite consultar los números publicados recientemente.

Persée fr Base de datos multidisciplinar que ofrece acceso en abierto a miles de publicaciones en lengua francesa.

10. INSTITUCIONES CIENTÍFICAS

A) Internacionales

Institut de Droit international. Fundado en Gante (Bélgica) en 1873. Celebra sesiones cada dos años (años impares) y sus trabajos se publican en:

Annuaire de l’Institut de Droit international. Hay un Tableau général des résolutions que cubre el período 1873-1956.

International Law Association. Fundada en Bruselas en 1873 con el nombre de «Association internationale pour la réforme et la codification du droit des gens». En la Conferencia celebrada en Bruselas en 1895 adoptó su nombre actual. Celebra sus congresos (Conferences) cada dos años (años pares). Cuenta con unos 4.500 miembros en todo el mundo. Los trabajos de las Conferences se publican formando colección con el título de *Reports* de las respectivas Conferences.

Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional. Madrid, Publica *Anuario del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional* con carácter bianual. El último publicado es el Vol. 24 (2019-2020).

B) Nacionales

Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. Reconocida por el Ministerio del Interior el 2 de junio de 1979. Con anterioridad a dicha fecha los profesores españoles de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales habían celebrado algunas reuniones científicas con el nombre de «Jornadas», de las que la Asociación fue uno de sus resultados. Después de la constitución de la Asociación las Jornadas constituyen su principal actividad. La publicación de los trabajos de las Jornadas corre a cargo de los organizadores locales del lugar en que se celebran. Por desgracia, los organizadores no siempre han podido publicar los trabajos de sus respectivas Jornadas. Los volúmenes publicados son independientes y no forman colección.

Société Française pour le Droit international. Celebra anualmente un coloquio en el mes de mayo cuyos trabajos, aproximadamente al cabo de un año, publica la Editorial A. Pedone de París.

Società Italiana per l'Organizzazione Internazionale (SIOI). Palazetto di Veaezia, Via S. Marco, 3, Roma. Publica la revista

La Comunità Internazionale, revista trimestral publicada desde por la editorial CEDAM de Padua y desde 1992 por la Editoriale Scientifica de Napoles.

Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Berliner Str. 48 D-6900 Heidelberg 1. Publica la revista

Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Z.a.ö.R. V.)

British Institute of International and Comparative Law, Charles Clore House, 17 Russell Square, London WC1B 5DR. Publica la revista

International and Comparative Law Quarterly (I.C.L.Q.).

American Society of International Law, 2223 Massachusetts Avenue, N.W., Washington, D.C. 20008. Fundada en 1906. Publica las revista y publicaciones periódicas siguientes:

American Journal of International Law (A.J.I.L.)

Proceedings of the American Society of International Law. Actas de los trabajos de sus congresos anuales.

International Legal Materials. Publicación exclusivamente dedicada a documentos.

11. INSTITUCIONES DOCENTES

Académie de Droit international de La Haya. Palais de la Paix, Carnegieplein 2, 2517 KJ La Raye. Desde 1923 imparte cursos de verano dedicados al Derecho internacional privado

y el Derecho internacional público. Los cursos se pronuncian en francés o en inglés. Los asistentes disponen de traducción simultánea a uno de estos dos idiomas. Los cursos de cada sesión anual se publican formando colección con el título:

Recueil des Cours / Collected Courses (R.C.A.D.I.). Se han publicado 199 volúmenes. Hay índices para los vols. 1-101; 102-125 Y 126-151. El índice francés remite exclusivamente a los cursos publicados en francés y el índice inglés hace lo mismo con los cursos publicados en inglés.

La Académie de Droit international de La Haya organiza coloquios cuyas ponencias y debates se publican.

Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales. Ginebra. 132, rue de Lausanne, Genève. La correspondencia debe dirigirse a Institut Universitaire de hautes études internationales, case 36, 1211 Genève 21.

Institución fundada en 1927 para contribuir, en el plano universitario, a la experiencia de cooperación internacional que representó en Ginebra el establecimiento de la Sociedad de las Naciones. Dedicado a la enseñanza del Derecho internacional y las relaciones internacionales a nivel de postgraduados.

Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz, Universidad del País Vasco / Euskal Erriko Unibersitatea. Publicación anual desde 1985.

Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional, Desde Vol. I (1997) a Vol. XI-XII (2007-2008).

12. BIBLIOTECAS

Biblioteca del Congreso de los Estados Unidos / Library of Congress (Washington)

www.Catalog.loc.gov

Contiene más de 20 millones de referencias de libros, publicaciones periódicas, bases de datos, etc. En todos los ámbitos del conocimiento de todo el mundo. A diferencia de la mayoría de las biblioteca de carácter general que siguen el sistema de catalogación decimal Dewey, la Biblioteca del Congreso sigue un sistema propio que combina letras y números. Por ejemplo a Derecho corresponde la letra K, mientras que a Ciencia política corresponde la letra J. El Derecho internacional se encuentra en JX, lo que implica que, de acuerdo con ciertos prejuicios del sistema americano no es propiamente Derecho y se encuadra en la Ciencia política. Esta catalogación se sigue en las bibliotecas universitarias, institutos y bibliotecas públicas y particulares de los Estados Unidos. En >España la Biblioteca de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona

Biblioteca del Palacio de la Paz (La Haya) / Peace Palace Library

www.peacepalacelibrary.nl

La Biblioteca del Palacio de la Paz de La Haya contiene publicaciones de Derecho internacional desde su fundación en 1913. Actualmente dispone de más de un millón de volúmenes.

La colección de la Biblioteca del Palacio de la Paz puede consultarse digitalmente través del *Catálogo Syndeo* que clasifica tanto estudios publicados en libros como artículos de revista también e-books y publicaciones electrónicas. sigue este sistema de catalogación También se puede acceder al Catálogo a través de *PPLDiscovery* que forma parte del *World Catalog Discovery* que es una aplicación que permite acceder directamente a las publicaciones de todo el mundo mediante una única búsqueda.

Instituto Max Planck de Derecho público extranjero y Derecho internacional público (Heidelberg)

www.mpil.de/en/pub/library.cfm

La biblioteca contiene más de 650.000 volúmenes y revistas y más de 29.600 revistas y publicaciones periódicas. En el campo del Derecho internacional público, el Derecho de la Unión Europea y el Derecho público comparado es la mayor de Europa y una de las más importantes del mundo. Su catálogo *on line* OPAC permite búsquedas por autores, títulos y por materias de Derecho internacional público (VR), revistas electrónicas (EZB) y bases de datos (MPG,ReNa).

ESTUDIOS

COLONIAS EN EL LIMBO NEGOCIADOR: MALVINAS Y GIBRALTAR EN PERSPECTIVA COMPARADA

COLONIES IN NEGOTIATION LIMBO: FALKLANDS AND GIBRALTAR IN COMPARATIVE PERSPECTIVE

GONZALO FERNÁNDEZ CODINA *

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. MALVINAS: HISTORIA DE LA DISPUTA. III. GIBRALTAR. HISTORIA DE LA DISPUTA. IV. ANÁLISIS JURÍDICO DE LA CONTROVERSIA. V. CONCLUSIONES.

RESUMEN: A raíz de la Resolución 1514 (XV) de la Asamblea se inicia la descolonización de buena parte del globo. Con algunas pocas excepciones, hoy ese proceso ha terminado con éxito. Las Malvinas y Gibraltar forman parte de ese reducido número de casos pendientes de descolonizar. No obstante, la Asamblea ha venido tratando estos dos casos de un modo distinto y ambiguo. Ello ha generado principalmente dos interpretaciones entre la doctrina: para unos, estos casos también deben solventarse siguiendo el camino tradicional; esto es, con un referéndum de autodeterminación de los respectivos pueblos. Para otros, en cambio, el fin del colonialismo pasa por la reintegración negociada de esos territorios ocupados a sus respectivos Estados originales. El objetivo de este texto es advertir que de las distintas Resoluciones de la Asamblea y del Consejo en estos y otros casos emparentados se desprende una tercera posibilidad que calificamos de “limbo jurídico”, por cuanto no es de aplicación ninguno de los dos principios anteriores, debiendo las partes implicadas negociar para llegar a un acuerdo. Para llegar a tal conclusión, repasaremos los principales hitos de ambas disputas y examinaremos los argumentos de ambos sectores doctrinales mediante un análisis comparado.

ABSTRACT: *As a result of General Assembly Resolution 1514 (XV), the decolonization of a substantial part of the globe began. With a few exceptions, today that process has been successfully completed. The Malvinas and Gibraltar are part of that small number of cases pending decolonization. However, the Assembly has been treating these two cases in a different and ambiguous way. This has mainly generated two interpretations among the doctrine: for some these cases must also be solved in the most traditional way; that is, with a self-determination referendum of the respective peoples. For others, however, the end of colonialism involves the negotiated reintegration of those occupied territories to their respective original States. The objective of this text is to argue that a third possibility arises from the different Resolutions of the Assembly and the Council in these and other related cases, which we describe as “legal limbo”: since neither of the two previous principles is applicable, the parties involved must negotiate to reach an agreement. To reach such a conclusion, we will review the main milestones of both disputes and examine the arguments of both doctrinal sectors through a comparative analysis.*

PALABRAS CLAVE: Integridad territorial; libre determinación de los pueblos; colonias; Malvinas; Gibraltar.

KEY WORDS: *Territorial integrity; free determination of peoples; colonies; Falklands; Gibraltar.*

Fecha de recepción del trabajo: 13 de septiembre de 2024. Fecha de aceptación de la versión final: 5 de noviembre de 2024.

* Profesor Asociado de Filosofía del Derecho en la Universidad de Barcelona (fernandezcodina@ub.edu). Agradezco los comentarios realizados a versiones previas de este texto a Adrián de los Reyes Langón y a Antoine Chelito Torres, así como a los dos revisores anónimos de la REEI.

I. INTRODUCCIÓN

Como es bien conocido, a raíz de la Resolución 1514 (XV) de 14 de diciembre de 1960¹ de la Asamblea General de Naciones Unidas (en adelante ‘la Asamblea’) se inicia la descolonización de buena parte del globo. Con algunas pocas excepciones, hoy ese proceso ha terminado con éxito. Las Malvinas y Gibraltar forman parte de ese reducido número de casos pendientes de descolonizar. No obstante, tal y como ya advirtió la doctrina tempranamente², la Asamblea ha venido tratando los casos de Malvinas y Gibraltar de un modo distinto y ambiguo. Las muchas Resoluciones que viene aprobando desde hace décadas son distintas de las que ha aprobado para la inmensa mayoría de casos que, en su día, también estaban pendientes de descolonizar.

Desde entonces el debate académico se ha dividido principalmente en dos bloques sobre el modo en que debe ponerse fin a esta situación colonial: un sector algo más minoritario y el gobierno británico sostienen que, aun y con sus diversas particularidades, estos casos también deben solventarse siguiendo el camino tradicional; esto es, con un referéndum de autodeterminación de los respectivos pueblos³. Para un grupo más numeroso –en especial entre la doctrina argentina⁴, así como para los gobiernos argentino y español⁵–, se trata de dos casos únicos por

-
- 1 Official records of the General Assembly, plenary meetings, Vol. 2: verbatim records of meetings, 27 October-20 December 1960 –UNA(01)/R3– p. 1271-1284.
 - 2 Véase FRANCK, T., y HOFFMAN, P., “The right of self-determination in very small places”, *New York University Journal of International Law and Politics* 8(3), 1976, pp.331-386.
 - 3 Véase FAWCETT, J., “Gibraltar: The Legal Issues”, *International Affairs (Royal Institute of International Affairs 1944–)*, vol. 43, no. 2, 1967, pp. 236–251. FRANCK, T., y HOFFMAN, P., *op.cit.* CASSESE, A., *Self-determination of peoples. A legal reappraisal*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, pp.212-213. LEATHLEY, C., “Gibraltar’s Quest for Self-Determination: A Critique of Gibraltar’s New Constitution”, *Oregon Review of International Law*, vol. 9(1), 2007, pp. 153-186. LOMBART, L., “Gibraltar et le droit à l’autodétermination: Perspectives actuelles”, *Annuaire Français de Droit International*, vol. 53, 2007, pp.157-181.
 - 4 Véase MATHY, D., “L’autodétermination de petits territoires revendiqués par des Etats tiers”, *Revue Belge de Droit International*, vol. X, 1974, pp. 167-205, p.205, y vol. XI, 1975, pp. 129-160, p.139. FARAMIÑÁN-GILBERT, J., “Situación Actual del Contencioso Malvinas (Falkland).” *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 37, no. 1, 1985, pp.135-152, p.144. IZQUIERDO SANS, C., *Gibraltar en la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 1996, p.58. CRAWFORD, J., *The creation of States in International law* (2n edición), Oxford, Oxford University Press, 2006, p.643-644. REMIRO BROTONS, A., et. al., *Derecho Internacional*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2010, pp.117-118. MARTÍNEZ, G., “El derecho a la autodeterminación y el principio de integridad territorial. Referencia a Gibraltar y las Islas Malvinas” en BOLOGNA, B., (dir.), *Malvinas y la construcción de un reclamo soberano*, Universidad Nacional de La Plata, La Plata, 2017, pp.63-72. ALTIERI, M., “Disputas territoriales prolongadas y su irresolubilidad: una aproximación a los casos de Malvinas y Gibraltar”, *Estudios Internacionales*, vol. 53(198), 2021, pp. 33–61, p. 40.
 - 5 En la web del Ministerio de Relaciones Exteriores argentino leemos: “La Cuestión de las Islas Malvinas, entendida como la disputa de soberanía entre la República Argentina y el Reino Unido por las Islas Malvinas, Georgias del Sur, Sandwich del Sur y los espacios marítimos circundantes, tiene su origen el 3 de enero de 1833 cuando el Reino Unido, quebrando la integridad territorial argentina, ocupó ilegalmente las islas y expulsó a las autoridades argentinas, impidiendo su regreso así como la radicación de argentinos provenientes del territorio continental. Desde entonces, la Argentina ha protestado regularmente la ocupación británica, ratificando su soberanía y afirmando que su recuperación, conforme el derecho internacional, constituye un objetivo permanente e irrenunciable”. (Disponible en: <https://cancilleria.gob.ar/es/politica-externa/cuestion-malvinas/la-cuestion-de-las-islas-malvinas>). Por su parte, en la web del Ministerio de Exteriores del Gobierno de España leemos que “Naciones Unidas ha señalado que, en el proceso de descolonización de Gibraltar, el principio aplicable no es el de libre determinación de los pueblos sino el de restitución de la integridad territorial española”. (Disponible en: <https://www.exteriores.gob.es/eu/PoliticaExterior/Paginas/Gibraltar.aspx>).

cuanto el fin del colonialismo en Malvinas y Gibraltar pasa por la *reintegración* negociada de esos territorios *ocupados* a sus respectivos Estados originales.

El objetivo principal de este texto es advertir que de las distintas Resoluciones de la Asamblea y del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (en adelante ‘el Consejo’) en estos y otros casos se desprende una *tercera* posibilidad que calificamos de “limbo jurídico”, por cuanto no es de aplicación ninguno de los dos principios anteriores, debiendo las partes implicadas negociar para llegar a un acuerdo. Es decir, que el deber de solventar estas disputas de soberanía mediante la negociación que reiteradamente ha repetido Naciones Unidas constituye una tercera situación *no reducible* a ninguna de las dos anteriores⁶. Calificamos a esta tercera situación de limbo jurídico por cuanto las negociaciones no tienen por qué llegar a buen puerto, incluso si todas las partes actúan de buena fe. Es decir, que la situación puede seguir encallada en su estadio actual sin que ello signifique que alguno de los implicados incumple sus deberes jurídicos.

Para ello vamos a dividir este texto en las siguientes cuatro partes: la primera será de orden histórico y estará orientada a contextualizar brevemente la cuestión. La segunda y tercera sección será de naturaleza jurídica y expondremos las diversas Resoluciones de Naciones Unidas relativas a las Malvinas y Gibraltar. En la cuarta sección examinaremos los argumentos jurídicos de las partes implicadas y expondremos por qué de un estudio comparado de estos dos supuestos con otros tantos emparentados se sigue que en ningunos de los dos casos resulta de aplicación el principio de libre determinación ni tampoco el de integridad territorial. En base a ello concluiremos la cuarta sección esbozando la “teoría del limbo colonial”; esto es, la tercera situación jurídica en la que consideramos que se encuentran Malvinas y Gibraltar.

II. LAS MALVINAS⁷: HISTORIA DE LA DISPUTA

Aunque no hay acuerdo sobre el descubrimiento y los primeros desembarcos⁸, el quid de la disputa está en lo sucedido a partir de 1764⁹: británicos y argentinos aceptan que el primer

6 Entre la doctrina argentina quien más claramente ha defendido esta tercera opción es PEZZANO, L., “Una situación colonial que debe terminar. Las Islas Malvinas y la obligación de descolonizar”, *Oasis*, núm. 37, 2022, pp. 115–135, p.120. Entre la doctrina española lo han sugerido también Alejandro del Valle Gálvez y Paz Andrés Sáenz de Santa María en varios de sus escritos sobre Gibraltar que a continuación citamos. La tesis que aquí presentamos sobre el “limbo jurídico” en que se encuentran Malvinas y Gibraltar puede entenderse como una profundización y clarificación de la línea iniciada por ellos.

7 Desde principios de los años sesenta en las Resoluciones de Naciones Unidas se nombra a las Islas con la pareja de términos ‘Malvinas/Falklands’ para mostrarse neutral en la disputa de soberanía. En este texto usaremos simplemente el término ‘Malvinas’ pero únicamente por comodidad, brevedad y por ser el más empleado en castellano.

8 Para Argentina el descubrimiento fue español y tuvo lugar en la expedición de Magallanes en torno a 1520. El desembarco, también español, tendría lugar algunas décadas más tarde. Corsarios británicos navegarían las Islas por primera vez a finales del s. XVII, donde se empieza a usar el término ‘Falkland’. En cambio, entre los británicos es común entender que el descubrimiento tiene lugar en 1592 por el explorador John Davis y que el primer desembarco se realizaría el capitán John Strong en 1690. Dado que existen mapas de principios del s. XVI que ya incluyen el archipiélago bajo el nombre de Islas Sansón con razonable precisión, la postura inglesa en este punto es bastante débil. Véase al respecto HOPE, A., “Sovereignty and Decolonization of the Malvinas (Falkland) Islands”, *Boston College International and Comparative Law Review*, vol.6(2), 1983, pp.391-446

9 Al respecto puede verse del lado argentino a KOHEN, M., y RODRÍGUEZ, F., *Las Malvinas entre el Derecho y la Historia*, Eudeba, Buenos Aires, 2016. Y del lado británico, como respuesta a la respuesta,

asentamiento tiene lugar ese año en la isla del Este por parte de franceses –la expedición de Louis Antoine de Bougainville, que funda Puerto San Luis en las que denominó islas *Malouines*–, y que al año siguiente desembarcaron y se asentaron los británicos en la isla del Oeste –la expedición de John Byron, que funda Puerto Egmont. Actualmente aún no está claro qué conocimiento tenían los británicos del asentamiento francés.

Estos hechos reciben interpretaciones opuestas por cada una de las partes. Para Argentina ambos asentamientos eran ilegales, ya que esas islas pertenecían a la Corona española. Como prueba de ello, España negociaría con Francia el abandono de su expedición en 1767, a cambio de una contraprestación y expulsará a los británicos por la fuerza en 1774, sin que posteriormente hubiera reclamaciones o protestas por la administración española y argentina hasta muchas décadas más tarde. Reino Unido, en cambio, sostiene que el asentamiento en 1765 fue sobre *terra nullius*, y que su marcha se debió a razones meramente económicas, sin abandonarlo en ningún momento, lo que se probaría por la placa de plomo que dejaron tras de sí reivindicando sus derechos –y cuya existencia nadie niega–. Quién sí lo abandonaría serían los españoles en 1811, y cuando en 1829 los Provincias Unidas del Río de la Plata intentaron poner las Islas bajo la jurisdicción de un gobernador, los británicos protestaron¹⁰. Cuando en 1833 las fuerzas británicas volvieron a las islas para reclamar sus derechos indicaron que aquellos argentinos que quisieran quedarse iban a poder hacerlo.

El contencioso quedó encallado hasta la década de los sesenta cuando se inicia el período descolonizador a raíz de la Resolución 1514 (XV)¹¹. La primera vez que la Asamblea abordó el asunto fue en la Resolución 2065 (XX) de 16 de diciembre de 1965¹² con el siguiente contenido:

“La Asamblea General [...]

Considerando que su resolución 1514 (XV) de 14 de diciembre de 1960, se inspiró en el anhelado propósito de poner fin al colonialismo en todas partes y en todas sus formas, en una de las cuales se encuadra el caso de las Islas Malvinas (Falkland Islands),

Tomando nota de la existencia de una disputa entre los Gobiernos de la Argentina y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte acerca de la soberanía sobre dichas islas.

1. Invita a los Gobiernos de la Argentina y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte a proseguir sin demora las negociaciones [...] teniendo debidamente en cuenta las

PASCOE, G., *Falklands Facts and Fallacies: The Falkland Islands in History and International Law*, Pascoe and Pepper Publishing, Luton, 2020.

10 La carta enviada por el *Chargé d’Affaires*, Woodbine, británico, alegó que los derechos ingleses estaban basados en el descubrimiento y subsiguiente ocupación de la isla, y que la expulsión por la fuerza en 1774 se llevó a cabo dejando señales claras de posesión y propiedad, además de una bandera inglesa ondeando. Véase HOPE, A., *op. cit.*, p.398.

11 Es cierto, no obstante, que en diversas ocasiones (1884, 1988, 1947, 1951, 1953, 1954, 1982) Argentina, Reino Unido o Estados Unidos han planteado someter la controversia a arbitraje o la Corte Internacional, pero nunca se llegó a un acuerdo. Véase a este respecto KOHEN, M., “La alternativa jurisdiccional en la disputa sobre las Islas Malvinas”, *Rivista Di Studi Politici Internazionali*, vol. 55(3), 1988, pp. 395-424.

12 Resolutions adopted by the General Assembly during its 20th session. 21 September-22 December 1965. A/6014. 1966. p. 57. (GAOR, 20th sess., Suppl. no. 14).

disposiciones y los objetivos de la Carta de las Naciones Unidas y de la resolución 1514 (XV), así como los intereses de la población de las Islas Malvinas (Falklands Islands);

2. Pide a ambos Gobiernos que informe al Comité Especial y a la Asamblea General, en el vigésimo primer período de sesiones, sobre el resultado de las negociaciones”.

Tras la Resolución 2065, se reunirán en Argentina los respectivos ministros de exteriores, dando lugar al Comunicado Stewart-Zavala Ortiz en enero de 1966, en el que se afirma que:

“...como resultado de esas conversaciones los dos ministros han coincidido en proseguir sin demora las negociaciones recomendadas en la citada resolución por la vía diplomática o por aquellos medios que puedan acordarse a fin de encontrar una solución pacífica al problema”.¹³

A lo largo de ese año se siguieron diversas rondas de negociaciones que no tenían lugar desde 1833. En noviembre de ese mismo año el Reino Unido ofreció congelar la situación durante 30 años y, pasado este período, que los isleños escogieran a qué país pertenecer. La propuesta fue rechazada por Argentina. Aun así, los contactos continuaron y las negociaciones fueron tan fructíferas que dieron lugar al Memorándum de Entendimiento entre las respectivas delegaciones diplomáticas en agosto de 1968, según el cual ambos gobiernos deseaban “solucionar definitivamente y en forma amistosa la disputa sobre la soberanía, teniendo debidamente en cuenta los intereses de la población de las Islas”. Se llegó incluso a consensuar que “el gobierno del Reino Unido, como parte de esa solución final, reconocerá la soberanía de la República Argentina sobre las Islas a partir de una fecha a ser convenida” tan pronto como el Reino Unido considerase que los intereses de los isleños estuvieran suficientemente asegurados y protegidos. Y, aunque no se llegó a poner por escrito, al embajador argentino en Londres se le había indicado que todo ello tendría lugar entre 4 y 10 años¹⁴. Seguramente este fuera el momento en que más cerca se estuvo de solventar el conflicto diplomáticamente. Desde entonces, no se ha dado nada similar.

Sin embargo, estas negociaciones se filtraron a la prensa unos meses después, lo que provocó una importante oposición popular y parlamentaria según la cual la transferencia no podía tener lugar en contra de la voluntad de los isleños. Ello provocó que el gobierno de Harold Wilson no ratificara el acuerdo. Aun así, no se abandonó completamente la línea del Memorándum y entre 1968 y 1969 el gobierno británico intentó tomar medidas para seducir a los isleños. Fue en balde, pues deseaban claramente seguir siendo británicos. Desde entonces, la postura británica se ha mantenido constante en lo esencial: la transferencia requiere el asentimiento de los isleños¹⁵.

En los años siguientes, aunque con menor intensidad y optimismo, las rondas de negociaciones siguieron teniendo lugar, y el 1 de julio de 1971 se firma una nueva declaración conjunta

13 Véase *Soberanía Argentina en Malvinas a 50 años del 'Alegato Ruda'*, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, Buenos Aires, pp.44. (Disponible en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2021/12/libro_soberania_argentina_en_malvinas_a_50_anos_del_alegato_ruda_.pdf)

14 KOHEN, M., *op.cit.*, p. 397.

15 CISNEROS, A., y ESCUDÉ, C., *Historia General de las Relaciones Exteriores de la República Argentina. Parte III Las relaciones exteriores de la Argentina subordinada, 1943-1989, Tomo XII, La diplomacia de las Malvinas, 1945-1989*. Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1999, pp.47-59.

sobre libertad de movimientos y comunicaciones entre el continente y las islas, y en general de cooperación entre británicos y argentinos en los asuntos de las Malvinas. Los gobiernos respectivos aprobarían este acuerdo en agosto de ese mismo año añadiendo que nada de lo dicho afectaba a la disputa de soberanía existente. Al año siguiente tendría lugar otro acuerdo en la misma línea que profundizaba aún más en las buenas relaciones entre las partes. La buena fe argentina sería reconocida por la Resolución 3160 de 1973 (XXVIII) de 14 de diciembre¹⁶ que celebraba “los continuos esfuerzos realizados por el Gobierno de la Argentina, conforme a las decisiones pertinentes a la Asamblea General, para facilitar el proceso de descolonización y promover el bienestar de la población de las Islas”.

No obstante, como todos los acuerdos que se alcanzaban eran ajenos a la cuestión de la soberanía, Argentina empezó a impacientarse. En 1974 el representante argentino indicó ante la Asamblea que, si el Reino Unido llevaba el asunto a un “callejón sin salida”, su gobierno se vería “obligado a reexaminar en profundidad la política seguida hasta el presente”. En respuesta, los británicos pusieron sobre la mesa la posibilidad de establecer una situación de condominio, que fue aceptada por los argentinos y que inició nuevas negociaciones secretas, pero que terminaron en agosto de ese año con la retirada británica por razones poco claras¹⁷.

La tensión aumentó aún más entre 1975 y 1976, cuando Londres inició toda una serie de prospecciones por la zona destinadas a encontrar materias primas y estudiar el valor económico de las Islas, lo que motivó la retirada del embajador argentino en Londres en enero de ese año. La Asamblea respondió con la Resolución 31/49 de 1 diciembre de 1976¹⁸, donde reiteró el reconocimiento por el esfuerzo argentino, se pidió a las partes que acelerasen las negociaciones y que se abstuvieran de adoptar decisiones unilaterales que modifiquen la situación de las Islas. Más importante aún, en esta Resolución la Asamblea afirmó tener presente:

“...los párrafos relacionados con esta Cuestión contenidos en la Declaración Política aprobada por la Conferencia de Ministros de Relaciones Exteriores de los Países No Alineados, celebrada en Lima del 25 al 30 de agosto de 1975; y de Jefes de Estado o de Gobierno de los Países No Alineados, celebrada en Colombo del 16 al 19 de agosto de 1976”.

Esto motivó que el Reino Unido, también por primera vez, votara en contra de esta Resolución, pues en esas Declaraciones la Asamblea dijo tener presente lo que encontramos es el apoyo explícito de muchos países a la postura argentina¹⁹. Jurídicamente hablando, este fue el punto álgido de la reclamación argentina ante Naciones Unidas. Sin embargo, fue un hecho puntual y en las decenas de Resoluciones posteriores no se ha vuelto a reiterar una muestra de apoyo similar.

16 Resolutions adopted by the General Assembly during its 28th session. Volume 1, 18 September-18 December 1973. A/9030. 1974. p. 108-109. (GAOR, 28th sess., Suppl. no. 30).

17 CISNEROS, A., y ESCUDÉ, C., *op.cit.*, pp.64. KOHEN, M., *op.cit.*, p.1151.

18 Resolutions and decisions adopted by the General Assembly during its 31st session. Volume 1, 21 September-22 December 1976. A/31/39. 1977. p. 122. (GAOR, 31st sess., Suppl. no. 39).

19 Véase los párrafos 87 y 118 de los respectivos documentos donde se afirma explícitamente que el caso de las Malvinas es un caso particular de descolonización que afecta la integridad territorial argentina tal y como se había sostenido en el Alegato Ruda.

De otra parte, el punto más alto de tensión durante aquella década tuvo lugar con el envío británico de una misión de investigación científica y económica encabezada por Lord Shackleton, explícitamente no autorizada por el gobierno argentino cuando tuvo conocimiento de su preparación, a finales de 1975. El gobierno argentino respondió publicando un comunicado con insinuaciones militares que, sin embargo, no evitó que el 3 de enero de 1976 el buque británico llegará a las Malvinas. Al mes siguiente, cuando navegaba por sus aguas, se topó con un destructor argentino que ordenó al HMS Endurance detener máquinas bajo amenaza de abrir fuego argumentando que estaba en aguas argentinas. Como el Endurance no se detuvo, el destructor realizó efectivamente dos disparos de aviso y empezó a seguirle, pero poco antes de llegar a Puerto Stanley dio media vuelta. El incidente no fue a más²⁰.

En marzo de 1976, en ambos países se produjo un cambio de gobierno, lo que abrió una nueva fase de negociaciones. De estos años previos a la guerra destaca la oferta argentina de progresivo traspaso de poderes precedida de 8 años de administración conjunta, la instalación unilateral por parte de militares argentinos de una base en las Sandwich del Sur, así como la negativa argentina a negociar asuntos de cooperación económica mientras no se solventara el problema de soberanía. Como resultado, de la nueva ronda de negociaciones que se llevaron a cabo en Roma en 1977 no resultó ningún avance. Al contrario, el gobierno británico reforzó militarmente las islas destacando algunos pocos hombres más.

El último hito antes de la guerra tiene lugar en 1980, cuando el gobierno británico plantea a los isleños la posibilidad de un arrendamiento de duración indeterminada: la soberanía sería argentina, pero la administración sería británica. Nuevamente se topó con la oposición de los isleños, de los comunes y de la prensa británica. En paralelo, durante 1980-1981 estaba en curso un debate interno en el departamento de defensa británico en torno a una importante reducción de la capacidad militar en el Atlántico sur. ¿Es que acaso podía tener lugar un conflicto en esa zona –se preguntaban muchos?²¹.

El 2 abril de 1982 tropas argentinas desembarcan en las Islas, reducen a los soldados británicos e izan su bandera. Se iniciaban así 74 días de guerra tras los que Argentina sufriría una amarga derrota que causaría una grandísima conmoción nacional. Lógicamente, la guerra consiguió endurecer la postura británica que desde entonces pasaría a ver las Islas como territorio británico y que no ofrecería más propuestas como las vistas hasta ahora; las discusiones sobre soberanía se habían acabado y todo quedaba en manos de los *kelpers*²². Tan es así que cuando en 1989 se normalizaron las relaciones diplomáticas fue especificando que la cuestión de la soberanía de Malvinas quedaba fuera de la agenda.

Vale decir, no obstante, que en septiembre de ese mismo año, solo unos meses después del fin del conflicto en Malvinas, Thatcher se reunió con Xiaoping para discutir el futuro de Hong Kong, otra de las colonias británicas. La postura china era similar a la Argentina, a saber: que esa colonia era parte integral de su territorio y que, por tanto, la descolonización pasaba por la reintegra-

20 CISNEROS, A., y ESCUDÉ, C., *op.cit.*, pp.65.

21 CISNEROS, A., y ESCUDÉ, C., *op.cit.*, pp.80-88.

22 WALLIS, R., “British Perspectives on the Falklands Dispute”, *South Atlantic Council Occasional Papers*, num. 13, 2013, pp.1-10, p.3 (<https://www.staff.city.ac.uk/p.willemts/SAC/OP/OCPAPERS.HTM>)

ción. Ahora bien, a diferencia de Argentina, el poderío militar chino era muy significativo. Como consecuencia, el respeto por la libre determinación del pueblo de Hong Kong fue sustituida por la Declaración conjunta chino-británica de 1984, que fijó la transferencia de soberanía para el primero de julio de 1997. Volveremos sobre este punto en secciones posteriores.

Tras el inicio del conflicto intervino por primera vez en el asunto el Consejo con dos Resoluciones que no dejaban en buen lugar a las reclamaciones argentinas²³: la Resolución 502/82 de 3 de abril de 1982²⁴ y la Resolución 505/83 de 26 de mayo de 1982²⁵ –que, en lo esencial, reiteró simplemente la primera–. La Resolución 502/82 declaró no solo que “existe un quebrantamiento de la paz en la región de las Islas Malvinas (Falkland Islands)”, sino que además se mostró “profundamente preocupado por los informes acerca de una invasión por parte de las fuerzas armadas de la República Argentina el 2 de abril de 1982”. El uso del término ‘invasión’ permite interpretar fácilmente que, en contra de lo sostenido por Argentina, las Islas *no* son parte integrante de su territorio –pues de lo contrario no se podrían *invadir*–. Es decir, que a juicio del Consejo, Argentina no solo incumplía el deber de resolver las controversias por medios pacíficos sino que, además, afectaba la integridad territorial de un tercero.

Una opción peregrina en defensa de Argentina sería replicar que, en rigor, no se violaron los arts. 2.3 y 2.4 de la Carta por cuanto el ataque no ponía en peligro la paz y la seguridad internacional dado que se estaba intentando acabar con el colonialismo, una situación descrita reiteradamente como amenaza para la paz y la seguridad internacional y que, en diversas ocasiones, el Consejo había amparado actos de violencia si eran de lucha contra el colonialismo. Además, la integridad o la independencia británica no podía verse afectada pues, como dice la Resolución 2625 (XXV) de 24 de octubre de 1970²⁶, el territorio de la colonia tiene siempre “una condición jurídica distinta y separada de la del territorio del Estado que lo administra”²⁷.

Sin embargo, se trata de un argumento de corto recorrido dado que los casos en que la Asamblea había aceptado la violencia anticolonial era por parte un *pueblo* colonial cuyo derecho a la libre determinación estaba abiertamente reconocido internacionalmente, pero violado por una potencia colonial²⁸. El desembarco argentino en Malvinas, pues, era algo distinto. Además, hoy en día está claro que, con independencia de si un ataque tiene una u otra intención, uno u otro efecto,

23 Es importante advertir que el Reino Unido no tuvo que abstenerse en estas votaciones ya que se consideró que la guerra era un asunto incluido en el Capítulo VII de la Carta sobre “quebrantamientos de la paz”, por lo que no entraba en juego la regla del art.27.3. VIRGINA GONZALEZ, M., ISABEL JUNCOSA, M., y DEL MILAGRO LÓPEZ, M., “La ONU y el proceso de descolonización en las Resoluciones de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad” en BARBARÁN, G. (ed.), *La cuestión de las Islas Malvinas, Georgias y Sandwich del Sur*, Eucasa, Salta, 2015, pp.117-138, p.133.

24 Resolutions and decisions of the Security Council, 1982. S/INF/38. 1983. p. 15. (SCOR, 37th year)

25 Resolutions and decisions of the Security Council, 1982. S/INF/38. 1983. p. 17. (SCOR, 37th year).

26 Resolutions adopted by the General Assembly during its 25th session, 15 September-17 December 1970. A/8028. 1971. p. 121-124. (GAOR, 25th sess., Suppl. no. 28)

27 COCONI, L., *¿Islas Malvinas o Falkland islands? La cuestión de la soberanía sobre las islas del Atlántico sur*, Asociación para las Naciones Unidas, Barcelona, 2007, pp.37-38.

28 Véase por ejemplo la Resolución 35/118 de 11 de diciembre de 1980 donde se tiene presente “la valiente lucha que libran los pueblos de África meridional en pro de la libertad, la libre determinación, la independencia y la igualdad de derechos” y que “Reafirma el derecho inherente de los pueblos sometidos al colonialismo en todas sus formas y manifestaciones a luchar por todos los medios de que dispongan contra

es incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas que incluye, y muy especialmente en este caso, el arreglo de las controversias internacionales por medios pacíficos. Como es bien sabido, el uso de la fuerza por parte de un Estado que no está previamente autorizada por el Consejo se limita estrictamente a los casos de legítima defensa y, en esa ocasión, el ataque armado que exige el art.51 de la Carta no estuvo presente²⁹. A juicio de Argentina ese ataque armado había tenido lugar el 19 de marzo de 1982 cuando los británicos enviaron el buque HMS Endurance –un patrullero rompehielos– en respuesta al desembarco de trabajadores argentinos y el izado de la bandera el día anterior. Pero ¿de qué modo esto no era una simple escalada o provocación, a lo sumo? ¿Cuándo el movimiento de un solo buque de esas características –en respuesta a un acto claro de zona gris– se ha considerado un *ataque* a los efectos del art.51? Por si fuera poco, y en respuesta a la petición del Reino Unido por temerse una inminente invasión, el Consejo se reunió el 1 de abril y, tras escuchar a ambas delegaciones, fue muy claro:

“...expresa su preocupación por la tensión en la región de las Islas Malvinas (Falkland Islands). Por lo tanto, el Consejo insta a los Gobiernos de la Argentina y del Reino Unido a que ejerzan la máxima moderación en esta oportunidad, y en particular a que se abstengan del uso o la amenaza de la fuerza en la región y a que prosigan la búsqueda de una solución diplomática”³⁰.

Por todo ello, tras la guerra la posición argentina se vio claramente debilitada a nivel internacional y en las Resoluciones de los años siguientes el número de abstenciones fue inusualmente elevado. Asimismo, en la Resolución 40/21 de 27 de noviembre de 1985³¹ tiene lugar un importante cambio en el lenguaje: la tradicional solicitud de que las partes negocien solventar el problema de *soberanía* desaparece y se solicita que las partes inicien negociaciones para resolver “los problemas pendientes entre los dos países, incluyendo todos los aspectos sobre el futuro de las Islas”. Este lenguaje se mantendría en diversas Resoluciones posteriores, aunque hoy en día ya se ha recuperado la fraseología tradicional.

Después de la guerra, y en particular a partir de los Acuerdos de Madrid (1989 y 1990), se han ido tomando pasos para normalizar la realización, levantar restricciones, generar confianza y establecer instrumentos de cooperación en materia de transportes, pesca, comunicaciones etc. Sin embargo, no se ha realizado ningún paso significativo en lo que a la soberanía de las islas respecta, con períodos de empeoramiento de las relaciones y adopción de medidas de presión –en especial durante la presidencia de los Kirchner³²–. Desde entonces, Reino Unido no tiene

aqueellos regímenes colonialistas y racistas que reprimen sus aspiraciones de libertad, libre determinación e independencia”.

29 FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P., “La crisis de las Malvinas ante Naciones Unidas”, *Revista de Estudios Internacionales*, vol.5(4), 1984, pp.923-953. HOOGHOUTD, K., “The Falkland Islands (Malvinas) in the Twilight of Colonialism”, *Leiden Journal of International Law*, 3(2),1990, pp.179-200. YIALLOURIDES, C., GHERING, M., y GAUCI, J., *The Use of Force in Relation to Sovereignty Disputes Over Land Territory*, British Institute of International and Comparative Law, Londres, 2018, p. 78-79.

30 Security Council, 37th year: 2345th meeting, Thursday, 1 April 1982, New York (S/PV.2345).

31 Resolutions and decisions adopted by the General Assembly during its 40th session, 17 September-18 December 1985, 28 April-9 May and 20 June 1986. A/40/53. 1986. p. 25. (GAOR, 40th sess., Suppl. no. 53).

32 MASTROPIERRO, O., TRONCOSO, M., LUCHETTI, J., y ARGEMI, C., “La política exterior argentina respecto de las islas del Atlántico Sur entre 1999 y 2015” en BOLOGNA, B., (dir.), *Malvinas y la construc-*

interés en negociar el asunto: reitera su voluntad de respetar los deseos y libre determinación de los isleños, mantiene su presencia militar y sigue tomando pasos para dinamizar la economía local³³.

La consecuencia más palpable de esta nueva actitud es la promulgación, primero de la *Falkland Islands Constitution Order* de 1985, y más recientemente de la *Falkland Islands Constitution Order* de 2008³⁴ en las que se hace expresa mención a la autodeterminación de los isleños. Con la nueva constitución se estableció un régimen semidemocrático en gran medida dependiente de Londres por cuanto todos los poderes dependen de un gobernador no electo³⁵. De hecho, la propia Constitución no fue plebiscitada por la población ni redactada por su asamblea. Y, a lo largo de su articulado, encontramos continuamente cláusulas que permiten que Londres tome el control de la situación si algo se torciera³⁶. En la práctica, ejecutivo y legislativo actúan en armonía y no existen quejas o un malestar importante entre la población por esta situación política de autonomía adulterada. Con todo, el régimen interno de las Islas es relevante en lo que aquí interesa porque encontrarse “colocado arbitrariamente en una situación o en estado de subordinación” es uno de los criterios que menciona la Resolución 1541 para considerar que una población es un pueblo colonial.

Finalmente, el último acontecimiento destacable es el referéndum malvinense de 2013 en que la práctica totalidad del censo votó en favor de mantener el statu quo. Naturalmente, este plebiscito fue denunciado por Argentina, pero –a diferencia de lo que sucedió en Gibraltar décadas antes– no fue sido criticado por la Asamblea.

Como con los hechos del s.XVIII y XIX, las partes sostienen interpretaciones encontradas de las Resoluciones de Naciones Unidas. Para el Reino Unido, las islas deben ser consideradas un territorio no autónomo pendiente de descolonización³⁷ y, en consecuencia, un pueblo que debe

ción de un reclamo soberano, Universidad Nacional de La Plata, La Plata, 2017, pp.63-72.

33 CISNEROS, A., y ESCUDÉ, C., *op.cit.*, pp. 103-140. Dodds, K., “Stormy waters: Britain, the Falkland Islands and UK–Argentine relations”, *International Affairs*, vol.88(4), 2012, pp. 683–700.

34 CAWLEY, C., *Colonies in conflict: The history of the British Overseas Territories*, Cambridge Scholars Publishing, Newcastle, 2015, pp. 183-205. HENDRY, I., y DICKSON, S., *British Overseas Territories Law*, Hart Publishing, Oxford, 2018, pp.341-346. CLEGG, P., “Political and constitutional issues for the contemporary Falkland Islands”, *The Round Table*, vol. 111(1), 2022, pp. 69-78.

35 En el capítulo 1 se reconocen los derechos civiles tradicionales –así como la autodeterminación de los pueblos– y diversos mecanismos de garantía. En el capítulo 2 y 5 se establece el funcionamiento del ejecutivo que se encuentra encabezada por un gobernador nombrado en Londres por un período de tiempo indefinido, sin que en tal proceso intervengan los isleños. Entre sus muchas e influyentes facultades destaca la posibilidad de disolver la asamblea, aprobar leyes *propuestas* en la asamblea, bloquear leyes *aprobadas* en la asamblea, y escoger a los funcionarios. En el capítulo 3 y 4 se establece el funcionamiento de la asamblea legislativa. Está constituida por 10 miembros además del *Speaker*. Dos de ellos no tienen derecho a voto y son elegidos por el Gobernador. Los 8 restantes son elegidos por votación popular. En el capítulo 8 se establece el funcionamiento del poder judicial cuyos miembros son nombrados por el Gobernador, y en el capítulo 9 se establece la posibilidad de que el gobernador nombre una suerte de “defensor del pueblo” (*Complaints Commissioner*) encargado de investigar las quejas contra el gobierno.

36 Véase *inter alia* el apartado 11 del preámbulo y los artículos 23.2, 34.1, 52.1, 55.1.

37 Mediante la Resolución 66(I) de 14 de diciembre de 1946, la AG tomó nota de la intención del gobierno británico de transmitir información al Secretario General de acuerdo con el art.73 de la carta sobre las –en-

poder determinar libremente su condición política. En 2013 tuvo lugar un referéndum popular en que se preguntó al electorado si deseaba mantener su estatus como Territorio de Ultramar del Reino Unido en que solo 3 personas de las 1513 votaron en sentido negativo³⁸. Por tanto –concluyen los británicos– no pueden tener lugar negociaciones en lo tocante a la soberanía de las Islas toda vez que los isleños desean seguir bajo soberanía inglesa³⁹. Así lo garantizará el Reino Unido y la negativa argentina a respetar los deseos de los falklanders constituye un comportamiento colonial internacionalmente ilícito⁴⁰. Es más, una vez que los isleños han decidido democráticamente seguir en la Corona británica, mantener el territorio en la lista de territorios pendientes de descolonizador es un error basado en unos criterios desfasados sobre qué debe constituir una colonia.

Por su parte, Argentina replica que los isleños no constituyen un *pueblo* a efectos legales –sino que son los descendientes de los ocupantes puestos por la potencia colonial–, y que en esta situación es de aplicación el párrafo 6º de la Resolución 1514 (XV) –relativo a la integridad territorial– y no el 2º –relativo a la libre determinación de los pueblos⁴¹–. En consecuencia –continúan los argentinos– cuando se ponen en relación que (i) se trata de una situación colonial, (ii) que conlleva una disputa de soberanía, y en que (iii) los isleños no constituyan un pueblo, se sigue que “la solución completa del conflicto [...] debe pasar por el reconocimiento de la soberanía argentina sobre las islas y el respeto a los intereses de sus actuales habitantes”⁴². Tan es así que desde 1994, la Constitución argentina incluye una Disposición Transitoria Primera

tonces denominadas– Islas Falkland, lo que implicaba que el Reino Unido los reconocía como territorios no autónomos.

- 38 Para los detalles del referéndum de 2013 véase la comunicación de FOURCHES, M., “Self-determination, sovereignty disputes and dependent territories: An analysis of the 2013 referendum in the Falkland Islands” en el congreso *La pratique référendaire et l’idéal démocratique européen* que tuvo lugar en junio de 2013 en Clermont. Véase también el Informe Final de 23 de marzo de 2013 de la Misión Internacional de Observación del Refrendo. (Disponible en: https://falklandstimeline.wordpress.com/wp-content/uploads/2012/02/referendum-final-report_final.pdf)
- 39 Entre tantas otras, al respecto véase las cartas de fecha 13 de mayo de 2013 (<https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n13/337/74/pdf/n1333774.pdf?token=INpFO8tIKErBon4drb&fe=true>), y 14 de enero de 2021 (<https://digitallibrary.un.org/record/3898491?ln=es&v=pdf>), dirigidas al Secretario General por el Representante Permanente del Reino Unido ante las Naciones Unidas.
- 40 Véanse las palabras del entonces primer ministro David Cameron en el Parlamento por el 30 aniversario de la guerra: <https://www.bbc.com/news/uk-politics-16617666>. En el mismo sentido, en el *White paper* sobre los territorios de ultramar leemos “We will continue to ensure that our sovereignty over the Territories is defended against all challenges so that, for those who live in the Territories as British citizens, their right of self determination is protected. In the South Atlantic British forces will maintain a defensive military posture to defend the Falklands and other British islands. There will be no weakening of the Government’s resolve (p.22)”. (Disponible en: <https://www.gov.uk/government/publications/the-overseas-territories>)
- 41 Entre tantas otras, véase la carta de fecha 10 de febrero de 2012 (<https://digitallibrary.un.org/record/732374?ln=es&v=pdf>) dirigida al Secretario General por el Representante Permanente de Argentina ante las Naciones Unidas.
- 42 GROS ESPIELL, H., *op.cit.*, pp. 232-233. KOHEN, M., “Alternativas para la solución del conflicto por las islas malvinas”, *Revista de Estudios Internacionales*, vol.7(4), 1986, pp.1145-1163, p.1146. COCONI, L., *¿Islas Malvinas o Falkland islands? La cuestión de la soberanía sobre las islas del Atlántico sur*, Asociación para las Naciones Unidas, Barcelona, 2007. BOLOGNA, B., “Los derechos argentinos sobre las Malvinas” en BOLOGNA, B., (dir.), *Malvinas y la construcción de un reclamo soberano*, Universidad Nacional de La Plata, La Plata, 2017, pp.15-26. RODRÍGUEZ, F., “La cuestión de las Malvinas (Falklands)

en que se reivindica “...su legítima e imprescriptible soberanía sobre las islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes, por ser parte integrante del territorio nacional”⁴³.

III. GIBRALTAR: HISTORIA DE LA DISPUTA

En el contexto de la Guerra de Sucesión española, la escuadra anglo-holandesa atacó el Peñón el 3 de agosto 1704. Los defensores muy superados en número y medios capitularon al día siguiente, pero conviniendo que los moradores que lo desearan podrían quedarse en la ciudad manteniendo los privilegios que tenían hasta entonces. No obstante, casi la totalidad de la población abandonó el Peñón el 6 de agosto estableciéndose en las localidades próximas. Muchos de ellos se establecieron cerca de la ermita de San Roque que a partir de entonces fue considerada por las autoridades españolas como la heredera de Gibraltar⁴⁴. Tras el fin de la guerra, y mediante el artículo décimo del Tratado de Utrecht (1713), el territorio pasará formalmente a dominio británico:

“El Rey Católico [...] cede por este Tratado a la Corona de la Gran Bretaña la plena y entera propiedad de la ciudad y castillo de Gibraltar, juntamente con su puerto, defensas y fortalezas que le pertenecen, dando la dicha propiedad absolutamente para que la tenga y goce con entero derecho y para siempre, sin excepción ni impedimento alguno. Pero, para evitar cualquiera abusos y fraudes en la introducción de las mercaderías, [...] la dicha propiedad se ceda a la Gran Bretaña sin jurisdicción alguna territorial y sin comunicación alguna abierta con el país circunvecino por parte de tierra. [...] Si en algún tiempo a la Corona de la Gran Bretaña le pareciere conveniente dar, vender, enajenar de cualquier modo la propiedad de la dicha Ciudad de Gibraltar, se ha convenido y concordado por este Tratado que se dará a la Corona de España la primera acción antes que a otros para redimirla”

en el Cuarto Decenio Internacional para la Eliminación del Colonialismo”, *Cuadernos de Gibraltar–Gibraltar Reports*, núm. 4, 2021, pp.1-36.

- 43 La postura argentina tanto en el plano histórico como el jurídico mantenida a lo largo de las décadas se encuentra perfectamente resumida en el conocido como “Alegato Ruda”; esto es, la intervención que realizó el embajador argentino José María Ruda en septiembre de 1964 ante el Subcomité III del Comité de los 24: “Las Islas Malvinas se encuentran en situación particular diferente del caso colonial clásico. [...] el principio de libre determinación sería mal aplicado en situaciones en que parte del territorio de un Estado independiente ha sido separado contra la voluntad de sus habitantes [...] El principio fundamental de la libre determinación no debe ser utilizado para transformar una posesión ilegítima en una soberanía plena, bajo el manto de protección que le darían las Naciones Unidas”. (Disponible en: https://www.cancilleria.gob.ar/userfiles/ut/1964_-_alegato_ruda.pdf). Sobre los pormenores del Alegato Ruda véase BERASATEGUI, V., “Malvinas: un nuevo enfoque en la relación con el Reino Unido”, en BOLOGNA, B., (dir.), *Malvinas y la construcción de un reclamo soberano*, Universidad Nacional de La Plata, La Plata, 2017, pp.27-38.
- 44 Tan es así que el lema de la ciudad es “la ciudad donde reside Gibraltar”. Sobre la toma de Gibraltar véase CALVO POYATO, J., “1704: Gibraltar en el marco de un conflicto europeo”, *Almoraima. Revista de Estudios Campogibraltareses*, núm. 34, 2007, pp.27-34. Y sobre los movimientos de población y la demografía del Peñón a partir de 1704 véase BENDAY, T., “La población de Gibraltar después del 6 de agosto de 1704”, *Almoraima. Revista de Estudios Campogibraltareses*, núm. 34, 2007, pp.109-122. CORREO GARCÍA, M., “Exiliados gibraltareños en San Roque (1704-1719)”, *Almoraima. Revista de Estudios Campogibraltareses*, núm. 34, 2007, pp.165-175.

Este primer hito ya distingue ambos casos por cuanto si bien en los dos tiene lugar un ataque militar y la sustitución de las poblaciones, en el caso español media un tratado de cesión forzosa. Cuatro son los temas principales de discusión en torno a la interpretación del Tratado –una vez se acepta que está en vigor⁴⁵ –: ¿(i) La cesión de la “plena y entera propiedad” equivale a la cesión de soberanía? ¿(ii) Qué espacio geográfico se cedía exactamente? ¿(iii) En qué casos y de qué modo exactamente entra en juego la cláusula final sobre derecho de adquisición preferente?⁴⁶ Y (iv) ¿qué efectos tiene el reiterado incumplimiento británico del Tratado?⁴⁷

A lo largo del s. XVIII España intentaría recuperar el peñón por vías diplomáticas y militares sin éxito. A la vez, los británicos irían anexando más territorio del otorgado en Utrecht en la zona del istmo y las aguas contiguas. Desde 1830 el Reino Unido consideró a Gibraltar como colonia de la corona (*Crown Colony*) y a partir de 1946 lo cataloga como territorio no autónomo sobre el que irá informando periódicamente a Naciones Unidas en virtud del art.73 de la Carta. Su intención era que el territorio se convirtiera eventualmente en un Estado independiente pero afín.

La fase contemporánea del contencioso gibraltareño se inicia el 3 de abril de 1963, cuando el Comité Especial encargado de estudiar la situación con respecto a la aplicación de la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales (en adelante ‘el Comité’) incluyó el peñón en la lista de territorios pendientes de descolonizar. Al año si-

45 Sobre la vigencia del tratado y su relación con el Derecho imperativo actual véase FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A., “La interpretación ulterior del Tratado de Utrecht en relación con Gibraltar”, en GILES CARNERO, R., (ed.), *Construyendo la gobernanza internacional: la interpretación de los tratados a través de la práctica ulterior*, Dykinson, Madrid, 2023, pp. 157-175.

46 Existen dos interpretaciones principales: o bien entender que derecho de adquisición preferente solo entra en juego en caso de que la soberanía pase del Reino Unido a otro Estado preexistente, o bien entender que entra en juego ante cualquier cambio de soberanía. En el primer caso la independencia de Gibraltar y su nacimiento como un nuevo sujeto de Derecho no activaría la cláusula; en el segundo sí. Véase al respecto OEHLING, A., “El artículo X del Tratado de Utrecht de 1713: interpretación interesada y esquema de consecuencias jurídico-políticas para España”, *Revista de Estudios Políticos*, núm.168, 2015, pp.199-234. Curiosamente, el Reino Unido se ha adscrito en diversas ocasiones a la segunda interpretación. Por ejemplo, en la página 58 del *White Paper on Overseas Territories* (1999) leemos que “because of the Treaty of Utrecht, this means that Gibraltar could become independent only with Spanish consent” (Disponible en: <http://www.ukotcf.org/pdf/charters/WhitePaper99full.pdf>). Similarmente, en 2012 y ante la Asamblea el representante británico afirmó que “El derecho de Gibraltar a la libre determinación [...] no está limitado por el Tratado de Utrecht, salvo en la medida en que el artículo X otorga a España el derecho al rechazo en caso de que el Reino Unido renunciara a la soberanía. Al tiempo que señala que Gibraltar no está de acuerdo en que exista dicha limitación, su Gobierno sostiene que la independencia solo sería una opción previo consentimiento de España” (A/C.4/67/SR.3, p.10). No obstante, esta postura ha sido muy criticada por las autoridades gibraltareñas. (Véanse los siguientes escritos a título de ejemplo: <https://publications.parliament.uk/pa/cm200203/cmselect/cmfa/1024/1024w06.htm>, y <https://publications.parliament.uk/pa/cm200102/cmselect/cmfa/413/1112802.htm>). Quizás por eso en la versión del *White paper* de 2012 expresiones como las anteriores ya no aparezcan y la remisión al Tratado se limite a recordar que “Sovereignty of Gibraltar was ceded to the UK by Spain under the Treaty of Utrecht of 1713” (Disponible en: <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a75afa4ed915d506ee80b87/ot-wp-0612.pdf>).

47 Al respecto puede verse IZQUIERDO SANS, C., *Gibraltar en la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 1996, p.70-78. DEL VALLE GÁLVEZ, A., “España y la cuestión de Gibraltar, a los 300 años del Tratado de Utrecht”, *Cuadernos de Gibraltar*, núm. 1, 2015, pp.83-96.

guiente tiene lugar el conocido como Consenso sobre Gibraltar, en que el Comité concluyó, tras escuchar a ambas partes, que “las disposiciones de la Declaración sobre la concesión de independencia a los países y a los pueblos coloniales se aplican íntegramente al territorio de Gibraltar”. No obstante, justo a continuación añade que, del examen de ambas alegaciones constata “un desacuerdo, incluso de una disputa” sobre el estatus del Peñón, por lo que invita a las partes:

“...a iniciar sin demora conversaciones a fin de encontrar, conforme a los principios de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, una solución negociada de acuerdo con las disposiciones de la Resolución 1.514 (XV), teniendo en cuenta debidamente las opiniones expresadas por los miembros del «Comité», así como los intereses de los habitantes del territorio”.

En base al mismo, el 16 de diciembre de 1965 tiene lugar la Resolución de la Asamblea 2070 (XX)⁴⁸ en que se “Invita a los Gobiernos de España y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte a iniciar sin demora las conversaciones previstas según los términos del consenso aprobado”. Al año siguiente tendría lugar la Resolución 2231(XXI) de 20 de diciembre⁴⁹, en que la Asamblea añadiría matices importantes, como fueron referirse al Reino Unido como ‘potencia administradora’ –un término que *no* se ha empleado en el caso Malvinas– así como solicitar “a la potencia administradora que acelere sin ningún obstáculo, y en consulta con el Gobierno de España, la descolonización de Gibraltar”. En ese contexto, se produce la primera oferta española para Gibraltar en mayo de 1966 consistente en la cancelación del Tratado de Utrecht, la devolución del territorio, la gestión conjunta de la base militar, y la creación de un estatuto especial para Gibraltar y los gibraltareños que podrían mantener su nacionalidad británica. A grandes rasgos, todas las ofertas posteriores españolas seguirán esta misma línea.

Sin consensuarlo con España, Reino Unido decide que la forma de poner fin a la situación colonial es permitiendo que los gibraltareños se pronuncien sobre su condición política convocando un plebiscito al efecto en que escoger entre anexarse a España, o bien mantener el statu quo. El 10 de septiembre la práctica totalidad del censo votó a favor de mantener la situación. La respuesta de la Asamblea no se hizo esperar y mediante la Resolución 2353(XXII) de 19 de diciembre de 1967⁵⁰ se pronunció en los términos más favorables hasta el día de hoy a los intereses españoles. De una parte, incluyó un *considerando* inaudito en que se hacía referencia explícita al principio de integridad territorial, y de otra, indicó explícitamente que el plebiscito era contrario a la Resolución 2231 (XXI):

“*Considerando* que toda situación colonial que destruya parcial o totalmente la unidad nacional y la integridad territorial de un país es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, y específicamente con el párrafo 6 de la Resolución 1.514 (XV) de la Asamblea General.

48 Resolutions adopted by the General Assembly during its 20th session. 21 September-22 December 1965. A/6014. 1966. p. 59. (GAOR, 20th sess., Suppl. no. 14).

49 Resolutions adopted by the General Assembly during its 21st session. 20 September-20 December 1966. A/6316. 1967. p. 74. (GAOR 21st sess., Suppl. no. 16).

50 Resolutions adopted by the General Assembly during its 22nd session. Volume I, 19 September-19 December 1967. A/6716. p. 53. (GAOR, 22nd sess., Suppl. no. 16).

1. Lamenta la interrupción de las negociaciones recomendadas en las Resoluciones 2.070 (XX) y 2.231 (XXI) de la Asamblea General;
2. Declara que la aceleración por la potencia administradora del referéndum previsto contravendría las disposiciones de la resolución 2.231 (XXI);
3. Invita a los Gobiernos de España y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte a reanudar sin demora las negociaciones previstas en las Resoluciones 2.070 (XX) y 2.231 (XXI)”.

Al año siguiente tendría lugar la Resolución 2429 (XXIII) de 18 de diciembre⁵¹, donde la Asamblea: “Pide a la Potencia administradora que ponga término a la situación colonial de Gibraltar antes del 1º de octubre de 1969”; así como que: “Requiere al Gobierno del Reino Unido [...] que inicie sin demora las negociaciones previstas en la resolución 2353 (XXII) con el Gobierno de España”. Estas dos Resoluciones constituyen el mejor apoyo para la tesis de la reintegración en el caso de Gibraltar y una de las principales diferencias respecto el caso Malvinas, donde nunca se ha llegado a insinuar tan claramente la tesis irredentista⁵². Este contraste ha sido interpretado por algunos autores como muestra de que, a ojos de la Asamblea, el título español sobre Gibraltar es más fuerte o claro que el argentino sobre Malvinas⁵³. Sin embargo, y dado que esta referencia sólo tuvo lugar en *una* ocasión y que Reino Unido goza en su favor de un tratado de cesión, parece más plausible entender que se trató de un mero reproche de la Asamblea al unilateralismo británico.

Si fue así, no obstante, está claro que no tuvo el efecto deseado, ya que a mediados de 1969 lo que sucedió fue la entrada en vigor de la constitución gibraltareña en cuyo preámbulo se afirmaba que Gibraltar *no* pasaría a la soberanía de otro Estado en contra de los deseos de los llanitos. En respuesta España cerraría la frontera con Gibraltar y dejaría las negociaciones. En este punto es pertinente realizar un breve alto para advertir –en línea con lo dicho anteriormente sobre Hong Kong– que mientras que en el caso gibraltareño el Reino Unido apelaba a los deseos de los habitantes, en paralelo y de manera secreta estaba expulsando de manera forzosa la población en la isla Diego García, un pequeño atolón en otra de sus colonias, el archipiélago colonial de Chagos⁵⁴. El objetivo de esta expulsión forzosa era dejarlo expedito para que Estados Unidos pudiera situar una base militar en la zona⁵⁵.

51 Resolutions adopted by the General Assembly during its 23rd session, 24 September-21 December 1968. A/7218. 1969. p. 64. (GAOR, 23rd sess., Suppl. no. 18).

52 DEL VALLE GÁLVEZ, A., “Gibraltar en las resoluciones y decisiones de la Asamblea General de la ONU, 1965-2015. Algunas valoraciones” en PONS RAFOLS, X., (dir.) *Las Naciones Unidas desde España. 70 aniversario de las Naciones Unidas. 60 aniversario del ingreso de España en las Naciones Unidas*, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación –ANUE– Asociación para las Naciones Unidas en España, Madrid, 2015, pp. 501-517, p.505.

53 QUANE, H., “The United Nations and the Evolving Right to Self-Determination.” *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 47(3), 1998, pp. 537–572, p.552.

54 Véase al respecto la reciente Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la separación del Archipiélago de Chago de Mauricio en 1965 (*Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2019, p. 95).

55 CHEHABI, H., *op.cit.*, p.219. KNOX, A. “Self-Determination for Small Islanders: Britain’s Handling of the Rights of Falklanders, Diego Garcians and Banabans in the Atlantic, Indian and Pacific Oceans”, *Ca-*

Durante la década siguiente la Asamblea emitió diversas Resoluciones lamentando la situación, pero sin añadir nada relevante. Los contactos diplomáticos se reiniciaron en 1980 con la Declaración de Lisboa realizada por los respectivos ministros de asuntos exteriores. De acuerdo con la misma, las partes: (i) volverían a iniciar negociaciones para resolver *todas* las diferencias sobre Gibraltar de acuerdo con las resoluciones de NU; (ii) restablecerían las comunicaciones directas con la región, y España levantaba las restricciones; (iii) el gobierno español reafirmaba su posición respecto el restablecimiento de la integridad territorial; y el gobierno británico la suya de respetar los deseos de los gibraltareños. No obstante, aun y diversos canjes de notas y reuniones varias, las negociaciones no tuvieron lugar, en especial tras el inicio de la guerra de las Malvinas en 1982 en que España se abstuvo de condenar la actuación argentina en el Consejo.

Con miras a iniciarlas, y como acto de buena voluntad, el 15 de diciembre de 1982 España abre la verja permitiendo el tránsito de peatones; no surtió demasiado efecto. Las negociaciones no se iniciaron hasta 1983 como parte de las conversaciones más generales sobre la adhesión española a las Comunidades Europeas. El fruto de las mismas fue la Declaración de Bruselas de 1984 en la que los respectivos ministros de exteriores acordaron (i) poner en práctica la declaración de Lisboa, (ii) negociar para solventar todas las diferencias y, al efecto, ambas partes “acuerdan que, en el marco de este proceso, serán tratadas las cuestiones de soberanía”. No obstante, se añadía al final del párrafo que “El Gobierno británico mantendrá plenamente su compromiso de respetar los deseos de los gibraltareños tal y como establece el preámbulo de la Constitución de 1969”. En los años siguientes siguieron diversas rondas de negociación, pero fueron totalmente estériles.

Con la intención de poner fin a casi dos décadas de estancamiento, en 1997 España propuso un sistema de cosoberanía de 50 años de duración, además de la conservación de la nacionalidad británica y un régimen especial de amplia autonomía y protección cultural para el Peñón. Cuando parecía que esta nueva propuesta también iba a fracasar, en 2001 las buenas relaciones entre Blair y Aznar relanzaron las negociaciones. La delegación británica llegó a proponer un sistema de cosoberanía permanente, pero con control exclusivo de las bases militares, además de las protecciones habituales para los llanitos en lo tocante a autonomía y nacionalidad. No obstante, todo ello seguía condicionado a la aceptación de los gibraltareños. En respuesta, el 4 de octubre de 2001 la asamblea legislativa gibraltareña emitió una declaración unánime de rechazo a la propuesta y se organizó un nuevo referéndum para el año siguiente, en que la práctica totalidad de los votos fueron en contra del acuerdo de cosoberanía.

En 2004 se intentó un nuevo formato negociador distinto al creado en Bruselas conocido como Foro Tripartito, en el que se incluía a Gibraltar como actor con voz propia y destinado a tratar cualquier tema, no sólo el relativo a la soberanía. Tuvo cierto éxito y en su seno se alcanzaron acuerdos relevantes en materia de cooperación transfronteriza. Sin embargo, en la cuestión que aquí interesa no hubo avances. De hecho, en 2006 se otorgó a Gibraltar una nueva consti-

nadian Journal of Latin American and Caribbean Studies, vol.11(21), 1986, pp.71-92, p.83. PEYRET, M., “Los casos de las Islas Aland y Diego García” en BARBARÁN, G. (ed.), *La cuestión de las Islas Malvinas, Georgias y Sandwich del Sur*, Eucasa, Salta, 2015, pp.250-273, p.264.

tución en la que el derecho a la libre determinación gibraltareño se afirmaba en el preámbulo –como en 1969– pero también en el articulado (capítulo 1). En esta ocasión la respuesta española consistió en una carta del embajador español ante Naciones Unidas al Comité y al Secretario General reiterando que la descolonización del Peñón sólo puede tener lugar mediante negociaciones hispano-británicas. El homólogo británico mandó la suya propia reiterando la posición británica: que debe respetarse el derecho a la libre determinación gibraltareño, que el principio de integridad territorial no es aplicable y que con la nueva constitución Gibraltar ya no puede ser considerado un territorio no autónomo, debiendo entonces ser eliminada de la lista de territorios pendientes de descolonización⁵⁶. Paradójicamente, la Constitución de 2006 –así como las previas– constituye uno de los argumentos más claros en favor del carácter colonial del territorio toda vez que no es una verdadera constitución –sino una carta otorgada–, en cuya virtud la máxima autoridad sigue siendo un gobernador británico.

A nivel jurídico, los años del Foro Tripartito fueron también los más contrarios a los intereses españoles, ya que la Asamblea emitió una serie de Decisiones con una terminología inédita hasta el momento. En la Decisión 59/519 de 10 de diciembre de 2004⁵⁷ se instó a las partes a negociar escuchando los intereses –hasta aquí como siempre–, y escuchando las *aspiraciones* de Gibraltar –término añadido. ¿Qué valor debe dársele a este nuevo término? Al año siguiente la cuestión aún se enturbiaría más pues mediante la Decisión 60/525⁵⁸ se incluyó una nueva cláusula: las partes debían negociar, “escuchando los intereses y las aspiraciones de Gibraltar” así como “las resoluciones pertinentes de la Asamblea General y los principios aplicables”. ¿De qué principios –en plural– está hablando? España conseguiría redirigir algo la situación con la Decisión 68/523 de 2013⁵⁹ en que a la expresión “intereses y aspiraciones” se añadió “que sean legítimas conforme al derecho internacional”. También en ese año tuvo lugar las últimas de las expansiones británicas mediante la creación de un arrecife artificial en las aguas contiguas al aeropuerto, lo que dañó la continuidad del sistema tripartito⁶⁰.

En 2010, poco antes de que desde el lado español se decidiera poner fin el Foro Tripartito y volver a las negociaciones bilaterales, el *premier* Caruana propuso para Gibraltar un estatuto similar al andorrano: una jefatura de Estado dual de dos copríncipes –en este caso, uno español y otro británico–, pero con plena autonomía para Gibraltar. No obtuvo ninguna respuesta. El fin del Foro Tripartito tendría lugar en 2011 con el nuevo gobierno en España y su Ministro de Exteriores, García-Margallo, que adoptaría una actitud mucho más incisiva. La intención de este gobierno era que, en adelante, las conversaciones se harían a dos niveles distintos: sobre

56 Las respectivas misivas pueden consultarse en el recopilatorio del Real Instituto Elcano (2013), en las páginas 44 a 49. (Disponible en: <https://media.realinstitutoelcano.org/wp-content/uploads/2021/11/delvalle-gibraltar-documentos-oficiales.pdf>)

57 Resolutions and decisions adopted by the General Assembly during its 59th session. Volume 2, Decisions, 14 September-23 December 2004 A/59/49 (Vol. II) 2005 p. 15 (GAOR, 59th sess., Suppl. no. 49).

58 Resolutions and decisions adopted by the General Assembly during its 60th session. Volume 2, Decisions, 13 September-23 December 2005 A/60/49 (Vol. II) 2006 p. 17 (GAOR, 60th sess., Suppl. no. 49).

59 Resolutions and decisions adopted by the General Assembly during its 68th session – Volume 2, Decisions, 17 September-27 December 2013 A/68/49 (Vol. II) 2014 p. 21-22 (GAOR, 68th sess., Suppl. no. 49).

60 Sobre este episodio puede verse DEL VALLE GÁLVEZ, A., “Gibraltar, su estatuto internacional y europeo, y la incidencia de la crisis de 2013-2014”, *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 48, 2014, pp.24-52.

soberanía solo discutirían España y Reino Unido; los demás asuntos del día a día podrían ser discutidos entre las autoridades gibraltareñas y las autoridades locales andaluzas⁶¹. Acertado o no, lo cierto es que este enfoque más asertivo paralizó los acuerdos hasta bien entradas las negociaciones post-Brexit.

El último hito en esta lista de movimientos diplomáticos tuvo lugar en 2016 tras el plebiscito británico sobre el Brexit. Como es sabido, el resultado general fue favorable a la salida de la Unión Europea, pero en Gibraltar más del 95% de los votantes deseaban permanecer dentro. España aprovechó la coyuntura y, en respuesta, el 4 de octubre de 2016 propuso ante la Asamblea iniciar negociaciones para que el Peñón quedara bajo la cosoberanía británica y española. De este modo, los gibraltareños seguirían formando parte de la UE –en virtud de lo dispuesto en el art.355 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea–, podrían conservar la nacionalidad británica, adoptar la española si lo desearan, mantener un alto grado de autonomía, desaparecería cualquier tipo de restricción, verja o limitación en la región y España vería su integridad territorial reintegrada. La respuesta británica fue la de siempre: que Gibraltar tiene derecho a la libre determinación y que el Reino Unido no entraría en negociaciones sobre soberanía con las que los gibraltareños no estuvieran de acuerdo⁶². Aun así, en noviembre de 2018 España y Reino Unido alcanzaron cuatro acuerdos sobre Gibraltar –denominados Memorándums de Entendimiento– sobre cuestiones de cooperación transfronteriza ajenas al problema de la soberanía.

En la actualidad, la relación entre la UE y Gibraltar se regula mediante un Protocolo específico incluido en el Tratado de Retirada entre el Reino Unido y la UE, en los que también se toma nota de los cuatro Memorándums⁶³. En paralelo, están en marcha las negociaciones entre Reino Unido y la UE para firmar un nuevo tratado específico y definitivo con el que regular la situación de Gibraltar sobre el que ya existe un principio de acuerdo entre España y Reino Unido. Todo ello ha introducido un nuevo nivel de complejidad jurídica al asunto y muy probablemente abra nuevas vías de negociación⁶⁴.

61 Así lo recoge el propio García-Margallo en su libro sobre el asunto: GARCÍA-MARGALLO, J.M., Y EGUIDAZU, F., *Gibraltar. La segunda rendición*, Almuzara, Córdoba, 2021, p.151.

62 SÁENZ DE SANTA MARIA, P., “Brexit y Gibraltar: La perspectiva de Naciones Unidas” en MARTÍN MARTÍNEZ, M., y MARTÍN PÉREZ DE NANCLARES, J., (coord.), *El Brexit y Gibraltar*, Ministerios de Asuntos Exteriores y de Cooperación, 2017, pp.41-78. GUTIÉRREZ ESPADA, C., “La propuesta española de cosoberanía sobre Gibraltar (2016) en el contexto del Brexit” en MARTÍN MARTÍNEZ, M., y MARTÍN PÉREZ DE NANCLARES, J., (coord.), *El Brexit y Gibraltar*, Ministerios de Asuntos Exteriores y de Cooperación, 2017, pp.55-78.

63 El Acuerdo y el Protocolo pueden consultarse en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A12019W/TXT%2802%29> Y los Memorándums pueden consultarse en: https://www.exteriores.gob.es/ca/Comunicacion/Comunicados/Paginas/2018_COMUNICADOS/20181129_COMU172.aspx

64 Al respecto véase DEL VALLE GÁLVEZ, A., y GONZÁLEZ GARCÍA, I., *España y Gibraltar tras el Brexit*, Marcial Pons, Madrid, 2022. El principio de acuerdo puede consultarse en: GONZÁLEZ GARCÍA, I.; DEL VALLE GÁLVEZ, A.; CALVO MARISCAL, L.; TORREJÓN RODRÍGUEZ, J. D: “Documentación VI. Principio de Acuerdo entre España y Reino Unido sobre Gibraltar y sobre el Brexit, de 31.12.2020”, *Cuadernos de Gibraltar*, num. 4, 2020-2021

IV. ANÁLISIS JURÍDICO DE LA CONTROVERSIA

Analicemos ahora cuán acertadas son estas posturas, con especial atención a la interpretación que merecen las distintas Resoluciones de las Asamblea y del Consejo en los casos de Malvinas, Gibraltar y otros emparentados.

1. Prescripción adquisitiva

Aunque hoy en día ha sido abandonado en pro de otros razonamientos, el problema principal del argumento de la prescripción es la indeterminación de la institución misma: si fuera cierto que la posesión pacífica y continuada de un territorio eventualmente origina un título de soberanía⁶⁵ –algo de por sí discutido–, ¿cuánto tiempo debería transcurrir exactamente? Y ¿qué actos interrumpen la prescripción y provocan que la misma deje de ser pacífica? ¿Basta con que el Estado afectado deje de protestar y se mantenga en silencio, o es necesario que, de un modo u otro, acepte la ocupación –lo que, en función del caso, y no siempre, cabría deducir del silencio?⁶⁶

Desde 1833 hasta la actualidad la cuestión de las Malvinas ha estado muy presente, tanto en la sociedad como en la diplomacia argentina, que no se ha cansado de reiterar su reclamación y de enviar continuas protestas a Londres y ante la ONU⁶⁷. Ahora bien, no es menos cierto que en algunas décadas de mediados del s. XIX –de 1849 a 1884, y de 1884 a 1908– Argentina se mantuvo en silencio. ¿Son esas décadas de silencio suficientes para que Reino Unido adquiriese la soberanía de las Islas⁶⁸? Y, al contrario: ambas partes admiten que no hubo protestas inglesas contra la ocupación española entre 1774 –en que tiene lugar la expulsión de Puerto Egmont– y 1829. Este hecho suele invocarse como prueba de que los británicos eran plenamente conscientes de que las Islas pertenecían a España. Sin embargo, también puede ser usado como argumento independiente: aun cuando fuera cierto que la expulsión de 1774 fuera ilegal, España –y luego sus sucesoras– habrían adquirido las Islas por prescripción adquisitiva ya que entre 1774 y 1829 ocuparon el archipiélago de manera pública, pacífica e ininterrumpida, por ejemplo⁶⁹. ¿Son esas décadas de silencio suficientes para que Argentina adquiriese la soberanía de las Islas?

En cuanto a Gibraltar el argumento se ha usado en relación con el territorio y las aguas no cedidas en Utrecht, pero que Reino Unido ha anexionado ilegalmente con los siglos. Y, en

65 Véase el fallo de la Corte Permanente de Arbitraje en el caso de la Isla de Palmas que concluye la superioridad del título holandés “acquired by continuous and peaceful display of State authority during a long period of time going probably back beyond the year 1700” (p.35).

66 RODRÍGUEZ BEERRUTTI, C., “La cuestión Malvinas. El Reino Unido y un alegado título basado en la prescripción adquisitiva”, *Rivista Di Studi Politici Internazionali*, vol. 58(1), 1991, pp. 75–86. IZQUIERDO SANS, C., *Gibraltar en la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 1996, p.39.

67 KOHEN, M., “La fecha crítica y la cuestión de las Malvinas”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 46(1), 1994, pp. 7–37. SALAS, G., “La ocupación como eje en la cuestión de Malvinas”, *RECORDIP*, núm. 1, 2021, pp. 75-91.

68 TRINIDAD, J., *Self-Determination in Disputed Colonial Territories*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, pp. 141-142.

69 HOPE, A., *op. cit.*, pp. 411-412.

lo esencial, puede decirse lo mismo: España ha ido protestando reiteradamente, sin mostrar aceptación del hecho.

2. Inaplicación del principio de libre determinación

Como ya hemos visto, Reino Unido sostiene reiteradamente que en Malvinas y Gibraltar habita un pueblo legitimado para decidir libremente su futuro. Pueden distinguirse cuatro argumentos principales en contra de esta tesis: vamos a denominarlos el étnico, el del trasplante, el político y el textual.

A) ARGUMENTO ÉTNICO

De acuerdo con el argumento étnico, el principio VI de la Resolución 1541 establece que existen pueblos coloniales si existe “un territorio que está separado geográficamente del país que lo administra y es distinto de éste en sus aspectos étnicos o culturales”⁷⁰. En este sentido, dada la composición demográfica principalmente británica o de ascendencia británica de las Islas, y dados los constantes flujos migratorios de las islas, tal criterio no se cumpliría en el caso de las Malvinas⁷¹. Esta idea se ve reforzada por la promulgación en 1983 de la *British Nationality (Falkland Islands) Act*⁷² que otorgaba la nacionalidad británica a todos los isleños⁷³. No obstante, se replica que de acuerdo con los datos censales de las Islas, el 57% de la población de las islas se identifica como *Falkland Islander*⁷⁴, lo que mostraría que la identidad británica y la isleña son distintas⁷⁵.

70 Así lo sugirió tempranamente Italia en el Subcomité III que abordó el caso de las Malvinas en 1964: “La delegación de Italia tenía además la impresión de que el origen nacional de la población insular y sus variaciones anuales o estacionales suscitaban graves dudas en cuanto a la posibilidad de aplicar estrictamente, en este caso, el principio de la libre determinación (párr.60)”. A/5800/Rev.1, Anexo nº8. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/732454?ln=es&v=pdf>

71 GROS ESPIELL, H., op.cit., p.233. RAIMONDO, F., ¿“Does the Population of the Falkland Islands (Malvinas) Really Have the Right to Self-Determination?””, *Hague Yearbook of International Law*, vol. 27, 2014, pp.113–131, p.120. RODRÍGUEZ, F., “La cuestión de las Malvinas (Falklands) en el Cuarto Decenio Internacional para la Eliminación del Colonialismo”, *Cuadernos de Gibraltar–Gibraltar Reports*, núm. 4, 2021, pp.1-36 p.31.

72 GUSTAFSON, L., “Colonial versus national self-determination in the Falkland (Malvinas) Islands”, en FONKEM ACHANKENG, M., (ed.), *Nationalism and Intra-State Conflicts in the Postcolonial World*, Lexington Books, Londres, 2015, pp. 453-474, p.458.

73 De hecho, al día siguiente de iniciarse la guerra la entonces primera ministra Margaret Thatcher afirmó en la Cámara de los Comunes que “We have absolutely no doubt about our sovereignty [...] Nor have we any doubt about the unequivocal wishes of the Falkland Islanders, who are British in stock and tradition, and they wish to remain British in allegiance”. (Disponible en: https://api.parliament.uk/historic-hansard/commons/1982/apr/03/falkland-islands#S6CV0021P0_19820403_HOC_17)

74 Según el censo de 2012 (<https://www.falklands.gov.fk/policy/downloads?task=download.send&id=15:-falkland-islands-census-2012-data-tables-and-stats&catid=13>), al preguntar a los habitantes por su “National Identity” se obtuvieron los siguientes resultados: 57% “Falkland Islander”, 24,6% británicos, 9,8% de Santa Helena, 5,3% chilenos, y el 3,4% “otras”.

75 MUS, A., “Self-determination and the Question of Sovereignty over Falkland Islands/Malvinas”, *Silesian Journal of Legal Studies*, vol. 9, 2017, pp.78-95, p.88.

En el caso de Gibraltar los términos del debate se reproducen casi palabra por palabra. La única diferencia significativa es que la población española originaria no fue propiamente expulsada por los británicos –como si sucedió con la población de las Malvinas– y en gran medida se asentó en las localidades cercanas –en especial San Roque–, pudiéndose hoy identificar con razonable precisión quienes descienden de los gibraltareños del s. XVIII⁷⁶.

En todo caso, dada la gran ambigüedad del concepto “distinción étnica o cultural”, no parece que la discusión sobre este punto pudiera decidirse definitivamente en ningún sentido. El argumento étnico, pues, no es demasiado convincente.

B) ARGUMENTO DEL TRANSPLANTE

Emparentado con lo anterior, pero más allá de consideraciones étnicas, el argumento del trasplante destaca que la actual población de las Islas y del Peñón no pueden considerarse un pueblo por no ser la población *nativa* u *originaria*, sino población trasplantada por la potencia colonial al momento de la colonización⁷⁷. Un concepto –el de población *indígena*– que ha sido empleado en diversas ocasiones por la Asamblea. Por ejemplo, en la Resolución 2228 (XXI) sobre la Somalia Francesa de 20 de diciembre de 1966⁷⁸ se “pide a la Potencia administradora que adopte las medidas necesarias para que los habitantes indígenas del Territorio puedan expresar y ejercer libremente el derecho a la libre determinación”. En la misma línea encontramos el caso del Sáhara Occidental, donde dadas las maniobras marroquíes, en reiteradas ocasiones la Asamblea se ha pronunciado sobre los derechos de la población natural del lugar. Así en la Resolución 3162 (XXVIII)⁷⁹ de 14 de diciembre de 1973 reitera su invitación a la Potencia administradora a “Tomar todas las medidas necesarias para que sólo los habitantes autóctonos ejerzan su derecho a la libre determinación”⁸⁰.

En su aplicación a las Malvinas se ha objetado que el argumento no es válido porque las islas carecían de población nativa y que las personas expulsadas por los británicos también eran

76 Según indica BENDAY la encuesta completa más antigua sobre la población de Gibraltar es el censo de 1777 que dividía entre británicos, católicos y judíos. De los 3201 habitantes 506 eran británicos, 1832 católicos –principalmente genoveses– y 865 judíos. BENDAY, T., *op.cit.*, p.118. En la web del gobierno gibraltareño se incluye un buen resumen de la situación demográfica del Peñón desde 1753 hasta la actualidad. (<https://www.gibraltar.gov.gi/statistics/census/gibraltar-census-history>). En relación al argumento étnico es destacable que en la Tabla A “Usually-Resident Population and Persons Present in Gibraltar” se distingue entre “Gibraltarians” y “Other British”.

77 Así lo sugirió tempranamente Venezuela en el Subcomité III que abordó el caso de las Malvinas en 1964: “En el caso de un territorio despoblado o cuya población original hubiese sido expulsada, la soberanía debía devolverse al Estado que la ejercía y al que le fuera arrebatada por la fuerza. No era a una minoría de colonos o una población importada a quien jurídicamente se podía devolver la soberanía usurpada (parr.84)”. A/5800/Rev.1, Anexo nº8. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/732454?ln=es&v=pdf>

78 Resolutions adopted by the General Assembly during its 21st session. 20 September-20 December 1966. A/6316. 1967. p. 72. (GAOR 21st sess., Suppl. no. 16).

79 Resolutions adopted by the General Assembly during its 28th session. Volume 1, 18 September-18 December 1973. A/9030. 1974. p. 110. (GAOR, 28th sess., Suppl. no. 30).

80 PEZZANO, L., “Una situación colonial que debe terminar. Las Islas Malvinas y la obligación de descolonizar”, *Oasis*, núm. 37, 2022, pp. 115–135, p.130.

poblaciones importada por parte de España/Argentina⁸¹. Siendo ello cierto, entendemos que esta respuesta malinterpreta el argumento del transplante, que no está basado en consideraciones antropológicas, sino en razones jurídicas: lo que se busca resaltar al hablar de ‘transplante’ es que la población que abandonó el Peñón y que fue expulsada de las Islas era la que, trasplantada o no, *primero* había habitado aquellas tierras. Es decir, que era la población nativa u originaria, no en el sentido de que hubieran surgido allí como si se de setas se tratara, sino la que había poblado originalmente el territorio hasta entonces deshabitado, de modo pacífico y sin desplazar a nadie, convirtiéndose, con ello, en “nativos” del lugar.

Ello se complementa con un argumento de tipo teleológico aplicable por igual a Malvinas y Gibraltar: si se aceptara que los actuales habitantes son un pueblo, se estaría legitimando una forma particular de conquista. En efecto, cualquier Estado podría invadir un territorio ajeno, desplazar o eliminar a su población, repoblarlo con sus propios ciudadanos y, pasadas las décadas, solicitar que esa población decidiera el futuro del territorio anteriormente agredido para de este modo tener una suerte de Estado satélite⁸². De hecho, y como decíamos, Reino Unido incluyó a Gibraltar en la lista de colonias precisamente con esta intención.

C) ARGUMENTO POLÍTICO

A mayor abundamiento, HOPE destaca acertadamente que la esencia del colonialismo es la existencia de un conflicto de intereses entre una población que subyuga y otra que es subyugada. Así se desprende de la Resolución 1514 (XV) de acuerdo con la cual “La sujeción de pueblos a una subyugación, dominación y explotación extranjeras constituye una denegación de los derechos humanos fundamentales, es contraria a la Carta de las Naciones Unidas”. Ahora bien –continúa HOPE– si lo que nos encontramos es una población perfectamente alineada y que desea de manera unánime mantenerse junto a su colonizador, entonces ¿tiene sentido hablar de población colonizada?⁸³

En el caso de las Islas el argumento es donde tiene más fuerza dado que carecen de un gobierno genuinamente democrático y son gobernadas desde Londres *sin* que ello sea visto negativamente por los isleños. En consecuencia, es fácil pensar que los habitantes del territorio, lejos de ser las víctimas, son los beneficiados por la colonización⁸⁴. En relación con Gibraltar, en cambio, sí se ha advertido a lo largo de las décadas cierto choque entre los intereses de los llanitos y los de Londres. El caso más claro sería el ya mencionado Brexit, pues el Peñón fue uno de los territorios más contrarios a la salida de todos los que votaron.

81 SÁNCHEZ, M., *op.cit.*, p.580. CHEHABI, H., “Self-Determination, Territorial Integrity, and the Falkland Islands”, *Political Science Quarterly*, vol. 100(2), 1985, pp. 215–225, p.218. MUS, *op.cit.*, p. 87.

82 COCONI, L., *op.cit.*, p.40. PINTORE, E., “Colonialismo y libre determinación en la cuestión Malvinas”, *Revista de la Facultad*, vol. VI (1), 2013, pp.137-150, p.144.

83 HOPE, A., *op. cit.*, p. 440.

84 BLAY, S., “Self-Determination Versus Territorial Integrity in Decolonization”, *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 18(2), 1986, pp. 441-472, p.

D) ARGUMENTO TEXTUAL

Sin perjuicio de todo lo anterior, el argumento más fuerte y aplicable por igual a ambos casos es también el más sencillo: en las decenas y decenas de Resoluciones de la Asamblea General *nunca* se ha mencionado al pueblo malvinense ni al pueblo gibraltareño, ni tampoco se ha hecho ninguna referencia al principio de la libre determinación⁸⁵. Una y otra vez de manera constante y sin excepción las Resoluciones se han referido a los *intereses* –no a los deseos– de los *habitantes* –y no del pueblo⁸⁶–. Es cierto que, como destaca TRINIDAD, la Asamblea nunca ha negado explícitamente que quepa hablar del pueblo de Malvinas o Gibraltar⁸⁷. Ahora bien, en la medida en que la norma general en situaciones coloniales es referirse sin género de dudas al derecho a la libre determinación del pueblo colonizado en cuestión, existe solo una manera plausible de interpretar ese silencio: que para la Asamblea General *no* existe un pueblo distinto en Malvinas ni en Gibraltar⁸⁸.

Para disipar cualquier duda basta con comparar el lenguaje de la Resolución 2065, con el lenguaje empleado durante esa misma sesión del 16 de diciembre de 1965 para los casos de la Isla Mauricio (Resolución 2066, XX)⁸⁹ y de Guinea Ecuatorial (Resolución 2067, XX)⁹⁰. Respecto al primer caso se dijo que la Asamblea lamenta que la Potencia administradora (Reino Unido) no hubiera aplicado totalmente la Resolución 1514, y respecto al segundo se reafirma el derecho imprescriptible del pueblo de Guinea Ecuatorial a la libre determinación y la independencia, y pide a la Potencia administradora (España) que señale la fecha más próxima para la independencia después de celebrar un referéndum. Ninguna de estas afirmaciones o alguna otra similar se realiza en relación con las Islas Malvinas. De hecho, en las discusiones previas a la adopción de la Resolución 40/21 de 17 de noviembre de 1982 sobre las Malvinas el Reino Unido propuso incluir en el preámbulo de la misma el siguiente recordatorio: “Reafirmando que de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas todos los pueblos tienen el derecho a la libre determinación y en virtud de ese derecho determinan libremente su estatuto político y se dedican libremente a su desarrollo económico, social y cultural”. Pue bien, tal enmienda fue rechazada con 36 votos a favor, 57 en contra, y 47 abstenciones⁹¹. En fin, tan es así que, como decíamos, cuando el Reino Unido organizó un plebiscito en 1967, la Asamblea respondió con la Resolución 2353 haciendo mención no a la libre determinación, sino a la prohibición de destruir la unidad nacional y la integridad territorial de un país.

85 SÁENZ DE SANTA MARIA, P., “Gibraltar y el derecho de descolonización”, *Cuadernos de Gibraltar*, núm. 1, 2015, pp. 69-82, p.74.

86 RODRIGUEZ, M. “Intereses y deseos de los isleños: ¿cómo se entienden?” en BARBARÁN, G. (ed.), *La cuestión de las Islas Malvinas, Georgias y Sandwich del Sur*, Eucasa, Salta, 2015, pp.137-182.

87 TRINIDAD, J., “Self-determination and contested peoplehood in Gibraltar: separating the law from the rhetoric”, *The Round Table. The Commonwealth Journal of International Affairs*, vol. 110(3), 2021, pp.347-356, p.352.

88 PEZZANO, L., *op.cit.*, p.120.

89 Resolutions adopted by the General Assembly during its 20th session. 21 September-22 December 1965. A/6014. 1966. p. 57-58. (GAOR, 20th sess., Suppl. no. 14).

90 Resolutions adopted by the General Assembly during its 20th session. 21 September-22 December 1965. A/6014. 1966. p. 58. (GAOR, 20th sess., Suppl. no. 14).

91 Véanse las páginas 2 y 41 del Acta taquigráfica provisional de la 95a. Sesión de 27 de noviembre de 1985 (A/40/PV.95).

a) *El caso de Belice*

En esta línea, es ilustrativo comparar los casos que nos ocupan con la antigua reclamación de Honduras sobre Belice: como Argentina con las Malvinas y España con Gibraltar, Guatemala reclamaba la soberanía sobre Belice –entonces colonia británica– en tanto que heredera de los territorios españoles en la zona. Como Argentina con las Malvinas, desde mediados del s. XIX había estado insistiendo al respecto, muy especialmente a partir de la redacción de la Carta de las Naciones Unidas. Y, como Argentina, contaba con el apoyo de la gran mayoría de Estados latinoamericanos e incluía en su constitución la reclamación del territorio. Pues bien, durante las sesiones del Cuarto Comité de 1975, diversos de estos Estados propusieron a la Asamblea una Resolución en la línea de las Malvinas y Gibraltar, a saber: una que instara a las partes a continuar las negociaciones para llegar a una solución pacífica del problema. Pues bien, tal propuesta fue rechazada y la que finalmente se aprobó fue la Resolución 3432 (XXX) de 1 de diciembre de 1976⁹² en que se reafirmó el derecho inalienable a la libre determinación del pueblo de Belice⁹³. Es decir, que cuando la Asamblea considera que existe un pueblo distinto y colonizado que, en consecuencia, debe poder autodeterminarse libremente, lo afirma explícitamente, en unos términos que no necesitan interpretación y rechaza dejar el asunto a la negociación de las partes⁹⁴. En suma, que cuando Naciones Unidas considera que una reclamación de reintegración territorial *no* tiene base porque es aplicable el principio de libre determinación, lo dice claramente. Y –concluye el argumento– como nunca ha dicho nada similar en relación con Malvinas o Gibraltar, entonces se infiere que para Naciones Unidas *no* existe un pueblo legitimado a determinar libremente su condición política.

b) *El caso de Timor Oriental*

Finalmente, en relación con el caso argentino, podemos reforzar esta conclusión sobre la inaplicación del principio de libre determinación comparando el caso de las Malvinas con el de Timor Oriental: Timor Oriental era una colonia portuguesa en la que debía tener lugar un plebiscito de autodeterminación al uso. Durante décadas Portugal se había estado negando a colaborar, pero tras la caída del régimen de Salazar, en 1975 se iniciaron conversaciones en esa línea y se fijó la fecha del referéndum para octubre de 1976. Sin embargo, a mediados de 1975 se inició una guerra civil que desembocó en una declaración unilateral de independencia por parte de una de las facciones en conflicto. Con el apoyo de otra de las facciones, en junio de 1976 Indonesia invade y ocupa la región argumentando que era parte de su territorio. ¿Cómo respondió Naciones Unidas?

92 Resolutions adopted by the General Assembly during its 30th session, 16 September-17 December 1975. A/10034. 1976. p. 114-115. (GAOR, 30th sess., Suppl. no. 34).

93 FRANCK, T., y HOFFMAN, P., *op.cit.*, 367-368.

94 ¿Qué justificó esta diferencia de trato? Una posible explicación se encuentra en que la reclamación guatemalteca era mucho más débil por cuanto en 1859 había firmado un tratado con Reino Unido en materia de fronteras que claramente dejaba Belice en el área inglesa. La réplica guatemalteca era que, dado el incumplimiento británico de algunas cláusulas del tratado, el mismo quedaba sin efecto. Y, en todo caso, que había sido firmado bajo coacción. En este aspecto, el caso de Belice se asimila más al de Gibraltar, ya que España también ha argumentado que el tratado que otorgaba la propiedad del peñón a los británicos había sido reiteradamente violado, dejándolo sin efecto.

En las Resoluciones del Consejo 384 de 22 de diciembre de 1975⁹⁵, y 389 de 22 de abril de 1976⁹⁶, además de deplorar la invasión, se reiteró “el derecho inalienable del pueblo de Timor Oriental a la libre determinación y a la independencia [...] contenida en la resolución 1514 (XV)”. Es decir, que tiene lugar ambos pronunciamientos: crítica del ataque y mención de la libre determinación. Las Resoluciones de la Asamblea al respecto fueron en la misma línea. Por ejemplo, en la Resolución 3485 (XXX) de 12 de diciembre de 1975⁹⁷ la Asamblea indicó, no solo que “deplora profundamente la intervención militar de las fuerzas armadas de Indonesia en el Timor portugués”, sino que “exhorta al Gobierno de Indonesia a que se abstenga de toda nueva violación de la integridad territorial del Timor portugués y retire sin demora sus fuerzas armadas del Territorio, a fin de que el pueblo del Territorio pueda ejercer libremente su derecho a la libre determinación y la independencia”.

En cambio, ya hemos visto que, tras el ataque argentino, lo que indicó el Consejo fue que había tenido lugar una *invasión* ilegal y que las partes debían volver a intentar solventar la disputa de soberanía por medios pacíficos. Es decir, que la intervención argentina impedía el arreglo negociado del asunto, mas no la libre determinación del pueblo malvinense –sobre el que no se decía nada–⁹⁸. De nuevo, el mismo razonamiento: si no tiene lugar ese pronunciamiento que en casos próximos sí tiene lugar, se infiere que para Naciones Unidas no pueden incluirse en el mismo grupo territorios como Timor Oriental y territorios como Malvinas.

3. Sentido y alcance del principio de integridad territorial⁹⁹

Una vez descartada la aplicación del principio de libre determinación, la conclusión natural debiera ser aplicar el principio de integridad territorial y, en consecuencia, la necesidad de re-

95 Resolutions and decisions of the Security Council, 1975. S/INF/31. 1976. p. 10. (SCOR, 30th year).

96 Resolutions and decisions of the Security Council, 1976. S/INF/32. 1977. p. 18-19. (SCOR, 31st year).

97 Resolutions adopted by the General Assembly during its 30th session, 16 September-17 December 1975. A/10034. 1976. p. 118-119. (GAOR, 30th sess., Suppl. no. 34).

98 GARCÍA, G., “El derecho a la autodeterminación de los pueblos y el principio de integridad territorial. El caso de Timor Oriental” en BOLOGNA, B., (dir.), *Malvinas y la construcción de un reclamo soberano*, Universidad Nacional de La Plata, La Plata, 2017, pp.39-48.

99 Es común plantear el debate en torno a la cuestión Malvinas como un conflicto entre el principio de integridad territorial –que defenderían los argentinos– y el de libre determinación –que defenderían los británicos–, para a continuación preguntarse cuál prevalece en cada caso. Véase por ejemplo SCHWED, A., “Territorial Claims as a Limitation to the Right of Self-Determination in the Context of the Falkland Islands Dispute”, *Fordham International Law Journal*, vol.6(3), 1982, pp.443-471, p.465. Y DUNNETT, D., “Self-Determination and the Falklands”, *International Affairs (Royal Institute of International Affairs 1944-)*, vol. 59(3), 1983, pp. 415-428, p.226. Sin embargo, es más exacto preguntarse cuándo se *aplica* cada uno de ellos, sin que llegue a existir realmente un choque entre los mismos. Así se desprende de la Resolución 2625 (XXV) de 24 de octubre de 1970 cuando afirma que “El territorio de una colonia u otro territorio no autónomo tiene, en virtud de la Carta de las Naciones Unidas, una condición jurídica distinta y separada de la del territorio del Estado que lo administra, y esa condición jurídica distinta y separada conforme a la Carta existirá hasta que el pueblo de la colonia o territorio no autónomo haya ejercido su derecho de libre determinación de conformidad con la Carta y, en particular, con sus propósitos y principios”. Es más, cabe sostener que *siempre* se aplica la libre determinación de los pueblos, pero que en algunos pocos casos el pueblo en cuestión es el del Estado agraviado. Véase en tal sentido a GROS ESPIELL, H., op.cit., p. 235.

integrar Malvinas y Gibraltar a Argentina y España. Pues bien, como a continuación veremos, si bien está claro que una opción tal es posible en abstracto, difícilmente sea de aplicación a Malvinas y Gibraltar.

Empecemos por lo primero: ¿la doctrina de Naciones Unidas contempla la posibilidad de reintegrar un territorio a un Estado como forma de poner fin a una situación colonial? Es decir, ¿puede existir una situación colonial sin que a la vez exista un *pueblo* colonizado que deba poder decidir libremente su condición política? Sí, tal y como lo sugieren con fuerza (i) el texto y trabajos preparatorios de la Resolución 1514; (ii) la Resolución 2229 (XXI) de 20 de diciembre de 1966 sobre Ifni¹⁰⁰ y (iii) lo sugerido en la Opinión Consultiva de 16 de octubre de 1975 sobre el caso del Sáhara Occidental¹⁰¹.

A) EL PÁRRAFO 6º DE LA RESOLUCIÓN 1514 (XV)

La posibilidad de que existan situaciones coloniales distintas al caso típico –i.e., *una* colonia con *su* pueblo colonizado– es algo que el tenor literal de la Resolución 1514 (XV) parece admitir por cuanto habla de acabar con el colonialismo “en todas sus manifestaciones”. Es decir, que el colonialismo es un género que puede tener varias especies. Si a eso le sumamos el contenido del párrafo 6º de la misma Resolución sobre integridad territorial, la hipótesis que estamos barajando aparece como muy plausible:

“Todo intento encaminado a quebrantar total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de un país es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas”

Naturalmente, el Reino Unido se ha opuesto a esta interpretación y ha planteado reiteradamente que el párrafo 6º buscaba, meramente, evitar casos de separatismo¹⁰². Es decir, impedir que partes de una unidad político-territorial –ya fuera de una colonia como estaba sucediendo en el Congo y Katanga o de un Estado– pudieran independizarse, nada más. En pro de esta interpretación más restrictiva suele aducirse el tiempo verbal futuro en que se expresa el párrafo 6º: “Todo intento *encaminado* a quebrantar ...”. Es decir, que el párrafo 6º no estaba mirando al pasado ni pensando en viejos títulos históricos, sino destinado a evitar problemas venideros.

Sin embargo, en los trabajos preparatorios encontramos diversos elementos para apoyar la interpretación amplia defendida por España y Argentina¹⁰³. La intervención más citada es la de

100 Resolutions adopted by the General Assembly during its 21st session. 20 September-20 December 1966. A/6316. 1967. p. 72-73. (GAOR 21st sess., Suppl. no. 16).

101 Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975, p. 12.

102 Véase las afirmaciones del Reino Unido en el Subcomité III que abordó el caso de las Malvinas en 1964: “Reino Unido opinaba que esa integración no estaba corroborada ni por el texto mismo de ese párrafo, que se refería claramente a intentos encaminados en el porvenir a quebrantar la integridad territorial de un país, y no a disputas de soberanía que se remontaban a un pasado remoto (parr.11)”. A/5800/Rev.1, Anexo nº8. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/732454?ln=es&v=pdf>

103 SÁNCHEZ, M., “Self-Determination and the Falkland Islands Dispute”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 21(3), 1983, pp. 557-584, pp.567-569. BLAY, S., *op.cit.*, 444. LAVER, R., *The Falklands/*

Guatemala que teniendo en mente el caso de Belice antes mencionado propuso una redacción alternativa del párrafo 6º según la cual:

“El principio de la libre determinación de los pueblos puede en ningún caso menoscabar el derecho a la integridad territorial de ningún Estado o de sus derechos a la recuperación del territorio”¹⁰⁴

Indonesia contestó solicitando a Guatemala que retirase su enmienda porque:

“...mi delegación fue uno de los patrocinadores del párrafo 6 y al incorporar este párrafo en el proyecto de resolución teníamos presente que la continuación del colonialismo holandés en el Irián Occidental era un quebrantamiento parcial de la unidad nacional y de la integridad territorial de nuestro país”.

A lo que Guatemala contestó:

“Esta mañana oímos a varios de los autores de ese proyecto de resolución, que han dado su interpretación al párrafo 6 del mismo. Aceptamos plenamente su interpretación, y aunque hubiéramos deseado que el principio de la integridad territorial hubiera quedado más claramente expresado, como en nuestras enmiendas, no tengo ningún inconveniente en pedir al Presidente, en nombre de mi delegación que no la someta a votación”¹⁰⁵.

En un sentido similar se expresó también Marruecos:

“...el párrafo 6 explica claramente lo que nuestra delegación entiende por integridad territorial. [...] Primero, el intento, [...] de dividir el Congo, en particular en Katanga. Segundo, la triste desmembración de Palestina y su ocupación [...] gracias a ese nuevo fenómeno del colonialismo extranjero llamado el sionismo internacional. [...] Tercero, los esfuerzos, [...] para dividir Marruecos y desmembrar su unidad territorial nacional, mediante la creación de un Estado artificial en la región sur de Marruecos, llamado Mauritania por el colonialismo”¹⁰⁶.

Así pues, la idea de que la interpretación expansiva no es sostenible debe descartarse. Sin embargo, como tampoco puede afirmarse que existiera un claro consenso en favor de la misma, es menester que nos reiframos al caso de Ifni para disipar cualquier duda.

B) EL CASO DE IFNI

España tuvo un protagonismo muy limitado en el proceso de descolonización, ya que por entonces apenas quedaba nada del viejo imperio: Guinea, Ifni y el Sáhara. Sin embargo, y como a continuación veremos, se trataron de casos de lo más relevantes a nivel jurídico.

Malvinas Case. Brill Nijhoff, La Haya, 2001, pp.111-112. TRINIDAD, *op.cit.*, 24-38.

104 15 U.N GAOR Annex 2 (Agenda Item 87) at 7, U.N. Doc. A/L.325 (1960).

105 Véase la decimoquinta sesión de la Asamblea General, reunión plenaria nº 974 de 14 de diciembre de 1960 (A/PV.947). Párrafos 9 y 16. (Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/747044?ln=es&v=pdf>)

106 Véase la decimoquinta sesión de la Asamblea General, reunión plenaria nº 974 de 14 de diciembre de 1960 (A/PV.947). Párrafos 157 a 161. (Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/747044?ln=es&v=pdf>)

La primera Resolución de la Asamblea sobre Ifni y el Sáhara es la 2072 (XX) de 16 de diciembre de 1965¹⁰⁷. La Asamblea adoptó una posición muy similar a la de Malvinas y Gibraltar al solicitar

“...al Gobierno de España, como Potencia administradora, que adopte inmediatamente todas las medidas necesarias para la liberación de los Territorios de Ifni y del Sáhara español de la dominación colonial y que, con ese fin, emprenda negociaciones sobre los problemas relativos a la soberanía presentados por estos dos Territorios”.

Es decir, sugería que también se trataba de un caso especial en que tenía lugar una disputa de soberanía. Sin embargo, en los años siguientes este planteamiento fue claramente abandonado. Así, en la Resolución 2229 (XXI) de 20 de diciembre de 1966¹⁰⁸, la Asamblea ya pide a España, de una parte, que “adopte inmediatamente las medidas necesarias para acelerar el proceso de descolonización de Ifni y que decida con el Gobierno de Marruecos habida cuenta de las aspiraciones de la población autóctona, las modalidades del traspaso de poderes”. Y, de otra, y en relación al Sáhara, que organice

“...en consulta con los Gobiernos de Marruecos y de Mauritania y con cualquier otra parte interesada, los procedimientos para la celebración de un referéndum bajo los auspicios de las Naciones Unidas con miras a permitir a la población autóctona del Territorio que ejerza sin trabas su derecho a la libre determinación”.

Nótese la gran diferencia de trato respecto a uno y otro territorio: respecto a Ifni se sugiere con bastante claridad que se trata una colonia española, *pero* sobre territorio marroquí y que, en consecuencia, debe *reintegrarse* en el territorio marroquí –i.e., “traspaso de poderes”–. En cambio, respecto al Sáhara se da a entender que es una colonia que no se asienta sobre territorio marroquí y que, por tanto, sí acoge un pueblo distinto que debe determinar libremente su futuro, habiendo en consecuencia que organizar un plebiscito.

Al año siguiente, en la Resolución 2354 (XXII) de 19 de diciembre de 1967¹⁰⁹ la cuestión volvió a enturbiarse por cuanto se tomó nota –sin crítica u objeción– de las negociaciones en las que estaban inmersos España y Marruecos para *devolver* Ifni. Sin embargo, a la vez que se decía esto y parecía aceptarse que se iba a llevar a cabo un traspaso de poderes, se afirmaba categóricamente “el derecho inalienable del pueblo de Ifni a la libre determinación de conformidad con la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General” a la vez que se pedía “a la Potencia administradora que adopte inmediatamente las medidas necesarias para acelerar la descolonización de Ifni y que decida con el Gobierno de Marruecos, habida cuenta de las aspiraciones de la población autóctona las modalidades del traspaso de poderes, de conformidad con las disposiciones de la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General”. ¿En qué quedamos? ¿Traspaso de poderes, o libre determinación del pueblo de Ifni? En relación al Sáhara, en cambio, la Asamblea sí que se mantuvo constante y siguió indicando la necesidad de organizar un referéndum.

107 Resolutions adopted by the General Assembly during its 20th session. 21 September-22 December 1965. A/6014. 1966. p. 59-60. (GAOR, 20th sess., Suppl. no. 14).

108 Resolutions adopted by the General Assembly during its 21st session. 20 September-20 December 1966. A/6316. 1967. p. 72-73. (GAOR 21st sess., Suppl. no. 16).

109 Resolutions adopted by the General Assembly during its 22nd session. Volume I, 19 September-19 December 1967. A/6716. p. 53-54. (GAOR, 22nd sess., Suppl. no. 16).

En la Resolución 2428 (XXIII) de 18 de diciembre de 1968¹¹⁰ se mantuvo esta contradicción ya que se tomó nota –de nuevo, sin crítica u objeción– de la intención de España de firmar un tratado con Marruecos “sobre el traspaso inmediato del Territorio de Ifni a Marruecos”, a la vez que se reafirmaba “el derecho inalienable del pueblo de Ifni a la libre determinación”. No obstante, en esta Resolución se incluía una novedad muy importante como era que se tomaba nota “de la diferente naturaleza del estatuto jurídico de estos dos territorios, así como de los procesos de descolonización previstos en la resolución 2354 (XXII) de la Asamblea General para ellos”.

Esta sería la última Resolución de la Asamblea sobre Ifni, pues en enero de 1969 España y Marruecos firmaron el Tratado sobre retrocesión del territorio de Ifni en que, sin consultar a la población, el territorio pasaba a estar bajo dominio marroquí. Desde entonces Ifni ya no apareció en la lista de territorios pendientes de descolonizar.

Como decíamos, en estas Resoluciones parecen confirmar la interpretación extensiva sobre la existencia de *dos* modos de poner fin a una situación colonial: el modo habitual –como se reclamaba para el Sáhara–, y *reintegrando* el territorio al *Estado* parcialmente colonizado.

C) LA OPINIÓN CONSULTIVA SOBRE EL SÁHARA

Finalmente, la interpretación extensiva encuentra apoyo en la Opinión Consultiva de 16 de octubre de 1975, donde la Corte Internacional de Justicia analizaba el caso saharauí¹¹¹. Este territorio era considerado como no autónomo por parte del Comité Especial. Aunque durante la década de los sesenta España se negaba a colaborar en la descolonización sosteniendo que era una provincia más del Estado, en 1974 accedió a la petición formulada en la Resolución 2711 (XXV) de 14 de septiembre de 1970¹¹² y prometió convocar un referéndum de autodeterminación dentro de los primeros seis meses del año siguiente. Sin embargo, tanto Marruecos como Mauritania sostenían que esa parte del Sáhara era parte de su territorio –es decir, que Ifni y Sáhara estaban en la misma categoría– y que, en consecuencia, debía reintegrarse en sus respectivos territorios. Es decir, Marruecos y Mauritania sostenían en relación al Sáhara español lo que hoy sostiene Argentina sobre las Malvinas y España sobre Gibraltar. Pues bien, el asunto fue elevado a la Corte. Las preguntas que formalmente tuvo que responder en esa ocasión fueron dos: si al momento de la colonización española la región era *terra nullius* y, en caso negativo, que el tribunal determinase la naturaleza de los vínculos que ese territorio había mantenido con Marruecos y Mauritania antes de la colonización. La premisa implícita tras la pregunta es que, si era *terra nullius*, como sostenía entonces España, significaba que la descolonización debía tener lugar por medio de un plebiscito y que la colonización española de la zona *no* había afectado ni a Marruecos ni a Mauritania.

110 Resolutions adopted by the General Assembly during its 23rd session, 24 September-21 December 1968. A/7218. 1969. p. 63-64. (GAOR, 23rd sess., Suppl. no. 18).

111 SCHWED, A., “Territorial Claims as a Limitation to the Right of Self-Determination in the Context of the Falkland Islands Dispute”, *Fordham International Law Journal*, vol.6(3), 1982, pp.443-471, p.458.

112 Resolutions adopted by the General Assembly during its 25th session, 15 September-17 December 1970. A/8028. 1971. p. 100-101. (GAOR, 25th sess., Suppl. no. 28).

La Corte concluyó diciendo que, si bien *no* era tierra de nadie y que las tribus que allí habitan sí habían tenido vínculos políticos con ambos Estados, no podía hablarse de vínculos de *soberanía*. El dictamen, pues, era claro en que la autodeterminación saharauí no afectaba la integridad territorial de Marruecos o Mauritania y que, en consecuencia, no tenían título alguno con el que oponerse a la misma o ponerle trabas. La Corte aclaraba también que en ese caso la vía para ejercer ese derecho era un referéndum. Los dos fragmentos claves en lo que aquí interesa son los párrafos 59 y 162 dado que parecen confirmar sutilmente la interpretación extensiva¹¹³:

“The validity of the principle of self-determination, defined as the need to pay regard to the freely expressed will of peoples, is not affected by the fact that in certain cases the General Assembly has dispensed with the requirement of consulting the inhabitants of a given territory. Those instances were based either on the consideration that a certain population did not constitute a ‘people’ entitled to self-determination or on the conviction that a consultation was totally unnecessary, in view of special circumstances (párr.59)”

“...the Court’s conclusion is that the materials and information presented to it do not establish any tie of territorial sovereignty between the territory of Western Sahara and the Kingdom of Morocco or the Mauritanian entity. Thus the Court has not found legal ties of such a nature as might affect the application of resolution 1514 (XV) in the decolonization of Western Sahara and, in particular, of the principle of self-determination through the free and genuine expression of the will of the peoples of the Territory (párr. 162)”.

Aun cuando se trata de un *obiter dictum*, de una lectura a contrario parece desprenderse que si determinado territorio formaba parte de un Estado al momento de ser colonizado, entonces *no* entra en juego la libre determinación y que la forma adecuada de descolonizarlo es reintegrándolo al titular afectado ya que la población del mismo no constituye un pueblo distinto. Es cierto que, como destaca TRINIDAD¹¹⁴, también cabe interpretar los términos “might affect” en un sentido menos intenso, a saber: que en caso de existir esos vínculos, la *ejecución* del principio de libre determinación debería haber sido distinta, pero que sería igualmente de aplicación. Ahora bien, dados los demás indicios, la primera de las interpretaciones parece más plausible. En especial cuando revisamos los votos particulares en los que, o bien se afirmó explícitamente esa interpretación, o bien se negó explícitamente –lo que sugiere que era la que la mayoría de la Corte estaba adoptando¹¹⁵.

4. Inaplicación del principio de integridad territorial

Visto todo lo anterior, está claro que la interpretación extensiva del párrafo 6° de la Resolución 1514 (XV) es perfectamente posible. La pregunta entonces es: ¿pero acaso se aplica efectivamente a las Malvinas y/o a Gibraltar –tal y como se aplicó a Ifni? Muy difícilmente. Así lo

113 *Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975*, p. 12.

114 TRINIDAD, *op.cit.*, 55.

115 Véase en este sentido de manera clara y explícita el voto particular del Magistrado Nagendra Singh. Y, en sentido opuesto, los votos particulares del Magistrado Dillard y del Magistrado Boni. En cambio, el Magistrado Petrán cuestionó que la Corte hubiera suscrito esa interpretación e indicó que en este aspecto existía una laguna jurídica.

sugieren los casos ya analizados de Ifni, Belize y Timor Oriental, así como los de Hong Kong, Macao y Goa que a continuación trataremos. En esencia el mismo razonamiento que nos debe llevar a excluir la aplicación del principio de libre determinación a los casos de Malvinas y Gibraltar es el que nos debe llevar a excluir el de integridad territorial. En síntesis, el argumento dice así: como la Asamblea no ha dicho que sea de aplicación el principio de integridad territorial, y dado que –por lo visto– de ser aplicable lo habría dicho –esta es la premisa clave de nuestro planteamiento–, entonces debemos concluir que no es de aplicación el principio de integridad territorial a los casos de Malvinas o Gibraltar. Veamos qué razones tenemos para sostener tal premisa clave.

A) IFNI: LA AFIRMACIÓN EXPLÍCITA DE LA REINTEGRACIÓN

El argumento textual afirmaba que dado que ninguna Resolución se había referido nunca a los habitantes de Malvinas o Gibraltar como un pueblo, por lo que debía entenderse que, a juicio de la Asamblea General, *no* eran un pueblo. De lo contrario lo habría dicho claramente tal y como lo ha dicho claramente en tantos otros casos. *Mutatis mutandis*, aquí nos encontramos con lo mismo: dado que ninguna Resolución se ha referido nunca a las Islas o al Peñón como parte del territorio argentino o español, ni tampoco ha instado a la potencia colonial a devolverlo –de hecho, ni tan siquiera se ha referido nunca al Reino Unido como “potencia administradora” en el caso de Malvinas– cuando esto sí se ha hecho en otros casos análogos –como Ifni–, debe concluirse que, a juicio de la Asamblea General, ni las Malvinas ni Gibraltar pueden considerarse parte de un tercer Estado hoy en día parcialmente colonizado por los ingleses¹¹⁶. Es decir, si lo que estuviera afirmando la Asamblea en las decenas de Resoluciones en las que insta a los gobiernos a resolver la disputa negociando fuera que se pusieran de acuerdo sobre el *modo* de *devolver* determinado territorio, o sobre el *modo* de *traspasar* los poderes a, entonces –concluye el argumento– lo hubiera dicho, tal y como lo dijo en el caso de Ifni. Sin embargo, en las decenas y decenas de Resoluciones sobre estos casos no encontramos nada así –más allá de las dos excepciones puntuales ya mencionadas: las insinuaciones en la Resolución 2353 sobre Gibraltar y en la Resolución 31/49 sobre Malvinas. Si al menos estas insinuaciones se hubieran mantenido en el tiempo, podría haberse deducido una conclusión en este sentido, pero no ha sido así, por lo que tal inferencia nos está vedada.

B) HONG KONG Y MACAO: LA AFIRMACIÓN IMPLÍCITA DE LA REINTEGRACIÓN

Pasemos ahora a observar los ejemplos de Hong-Kong y Macao para ilustrar el caso de la afirmación implícita de la necesidad de reintegración. Así pues, tras la victoria británica en las Guerras del Opio, Hong Kong y otros territorios aledaños de gran extensión pasaron a manos británicas mediante diversos tratados con China durante la segunda mitad del s. XIX. Posteriormente, estos territorios serían administrados por los británicos como colonias de la corona

116 TRINIDAD, *op.cit.*, 146.

y en 1946, tras la entrada en vigor de la Carta, Reino Unido empezó a enviar información sobre los mismos al Secretario General y considerarlos territorios no-autónomos.

Macao era un viejo centro comercial vagamente administrado por Portugal en territorio chino que, tras las guerras del Opio, también pasó formalmente a manos lusitanas mediante la firma de un tratado a finales del s. XIX. Aunque Portugal se resistía a pasar información periódica sobre el territorio, mediante la Resolución 1542 (XV) de 15 de diciembre de 1960¹¹⁷ la Asamblea también acabó por incluir Macao en la lista de territorios no autónomos.

Como consecuencia, el camino normal para esos territorios es que se hubieran autodeterminado, como la práctica totalidad de las colonias. Sin embargo, con fecha 8 de marzo de 1972 el Representante Permanente de China ante las Naciones Unidas envió una carta al Presidente del Comité en que afirmaba que:

“...las cuestiones de Hong Kong y Macao pertenecen a la categoría de aquellas que dimanarían de la serie de tratados injustos, legado de la historia, tratados que los imperialistas impusieron a China. Hong Kong y Macao forman parte del territorio chino ocupado por las autoridades británicas y portuguesas. El arreglo de las cuestiones de Hong Kong y Macao cae enteramente en el ámbito de los derechos soberanos de China, y de ninguna manera entra en la categoría ordinaria de ‘territorios coloniales’. En consecuencia, no deben ser incluidos en la lista de territorios coloniales a los que se aplica la Declaración sobre la concesión de la independencia los países y pueblos coloniales”.

La cuestión fue derivada al Grupo de Trabajo en materia de descolonización que abordó el asunto en la reunión del 17 de mayo de 1972 y recomendó –sin ofrecer una explicación– a la Asamblea que *excluyera* esos territorios de la lista¹¹⁸. Tal recomendación fue discutida en las sesiones del 6 de junio de 1972 del Comité Especial para la descolonización, y acabó por adherirse a las conclusiones del Grupo de Trabajo¹¹⁹. Finalmente, en la Resolución 2908 de 2 de noviembre de 1972¹²⁰, la Asamblea aprobó el informe del Comité –sin ningún añadido, explicación o razonamiento–, retirando así los territorios de la lista¹²¹.

Aun así, cuando en 1982 Thatcher se reunió con Deng Xiaoping intentó hacer valer los tratados del s. XIX, pero el líder chino amenazó seriamente con responder militarmente esa misma mañana y ocupar por la fuerza la región. Como consecuencia, y dada la incapacidad británica de afrontar esa guerra, las partes acabaron por firmar un tratado en 1984 que establecía la reintegración de los territorios a China el 1 de junio de 1997. La población no fue consultada de manera directa en ningún momento ni formó parte del procedimiento, simplemente se rea-

117 Resolutions adopted by the General Assembly during its 15th session, 20 September-20 December 1960. A/4684. 1961. p. 30-31. (GAOR, 15th sess., Suppl. no. 16).

118 Véase el informe del Grupo de Trabajo 25 de mayo de 1972 (A/AC.109/L.795). Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/1317764?ln=es&v=pdf>

119 Véase el informe del Comité de 6 de junio de 1972 (A/AC.109/PV.873). Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/3803303?ln=es&v=pdf>

120 Resolutions adopted by the General Assembly during its 27th session, 19 September-19 December 1972. A/8730. 1973. p. 2-3. (GAOR, 27th sess., Suppl. no. 30).

121 DAGATI, P., “Hong Kong’s lost right to self-determination: a denial of due process in the United Nations”, *NYLS Journal of International and Comparative Law*, vol. 13(1), 1992, pp.153-179

lizaron diversas encuestas y conversaciones con varios líderes locales. La única concesión que consiguieron los ingleses fue que el territorio se convirtiera en una región administrativa especial que gozaría de un amplio nivel de autonomía y libertad económica durante los siguientes 50 años, lo que fue conocido como “un país, dos sistemas”.

Con Macao sucedió algo similar, aunque con bastantes menos reticencias por parte de Lisboa, ya que encontraba en un período de transición política interna y aún era menos capaz de hacer valer internacionalmente sus intereses contra esa gran potencia emergente. En este caso, las partes firmaron un acuerdo secreto en 1979 en el que Portugal reconocía la soberanía china sobre la región y, cuando en 1986 se iniciaron las negociaciones para completar formalmente el tratado anterior, fue muy sencillo y breve llegar a un acuerdo que tendría lugar en marzo de 1987 en unos términos similares al realizado para Hong Kong¹²².

La idea que se desprende de todo ello es clara: cuando la Asamblea –quizás motivada por razones espurias, por supuesto– considera que determinado territorio en situación colonial es parte integrante de otro Estado, insta a su reintegración al Estado en cuestión –como con Ifni–, o bien lo elimina de la lista de territorios pendientes de descolonizar –como con Hong Kong y Macao. Luego, si Malvinas y Gibraltar permanecen en la lista, debemos entender que para la Asamblea *no* son parte integrante de España y Argentina, respectivamente.

C) GOA: LA ACEPTACIÓN IMPLÍCITA DE LA INVASIÓN

Goa –junto con los pequeños enclaves de Damán y Diu– era una pequeña colonia portuguesa en la costa india para la que estaba previsto que siguiera el camino normal de autodeterminación. Sin embargo, en diciembre de 1961 India invadió militarmente la región en virtud de la misma idea que inspiró la invasión Argentina de 1982: que ese territorio era *su* territorio. Comparemos la distinta respuesta de Naciones Unidas a ambos ataques.

Como habíamos avanzado, en el caso argentino, el Consejo se pronunció en la Resolución 502/82 de 3 de abril de 1982 –reiterada después en la Resolución 505/83 de 26 de mayo de 1982– donde indicó:

“*Profundamente* preocupado por los informes acerca de una invasión por parte de las fuerzas armadas de la República Argentina el 2 de abril de 1982.

Declarando que existe un quebrantamiento de la paz en la región de las Islas Malvinas (Falkland Islands),

1. *Exige* la cesación inmediata de las hostilidades,
2. *Exige* la retirada inmediata de todas las fuerzas argentinas de las Islas Malvinas (Falkland Islands),

122 GONÇALVES, A., “Macau, Timor and Portuguese India in the context of Portugal’s recent decolonization” en LLOYD, S., y COSTA PINTO, A., (ed.), *The Last Empire: Thirty Years of Portuguese Decolonization*, Intellect Books, Bristol, 2003, pp. 55-68. CHAN, M., “Different roads to home: the retrocession of Hong Kong and Macao to chinese sovereignty”, *Journal of Contemporary China*, núm. 12(36), 2003, pp. 493–518.

3. *Exhorta* a los Gobiernos de la República Argentina y el Reino Unido a que procuren hallar una solución diplomática a sus diferencias y a que respeten plenamente los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas”.

En cambio, en el caso Indio el Consejo no consiguió consensuar una Resolución. El 18 de diciembre una minoría de Estados con la URSS a la cabeza intentó aprobar una Resolución defendiendo la tesis india de la integridad territorial; fue vetada. La mayoría de Estados quería una Resolución de condena al ataque y defensa de la libre determinación del pueblo de Goa; también fue vetada. Aquí ya encontramos la primera diferencia clave: mientras que el Consejo tuvo claro que Argentina estaba *invadiendo*, en el caso de Goa estuvo dividido¹²³.

Al día siguiente se pronunció la Asamblea mediante la Resolución 1699 (XVI) de 19 de diciembre de 1961¹²⁴. ¿Y qué dijo ante lo que parecía una violación clara de la Carta? ¿Cómo condenó ese ataque? La Resolución se inicia recordando los principios de la Resolución 1514 (XV) e indica que “las disposiciones de dicha Declaración [...] son plenamente aplicables a los territorios que administra Portugal, al igual que a los demás territorios no autónomos”. Sin embargo, lo único que condena es “la actitud del Gobierno de Portugal que sigue negándose a cumplir las obligaciones que le impone el Capítulo XI de la Carta”. Ni una sola palabra para India o en torno al ataque. Ello sugiere cierta aceptación de las tesis irredentistas indias¹²⁵. Es decir, cabe inferir que la Asamblea no condenó la invasión porque entendía que, efectivamente, ese era un caso de reintegración. En cambio, ya hemos visto, que en relación al ataque argentino la condena fue unánime por lo que cabe interpretar que se rechazaba la tesis irredentista. Finalmente, en diciembre 1974 Portugal reconocería la soberanía sobre Goa por parte de India en un tratado.

D) BELICE: LA NEGACIÓN EXPLÍCITA DE LA REINTEGRACIÓN

Como ya habíamos dicho, Honduras había venido sosteniendo desde el inicio del proceso descolonizador que tenía derecho a la reintegración de Belice¹²⁶. En su caso, no obstante, la Asamblea negó explícitamente que llevara razón¹²⁷. Así en la Resolución 3432 (XXX) de 8 de diciembre de 1975 indicó que “Habiendo escuchado las declaraciones de los representantes de Belice” en contra de las tesis guatemaltecas, la Asamblea queda “Firmemente convencida de que los princi-

123 WRIGHT, Q., “The Goa Incident.” *The American Journal of International Law*, vol. 56(3), 1962, pp. 617–632.

124 Resolutions adopted by the General Assembly during its 16th session, Volume I, 19 September 1961–23 February 1962. A/5100. 1962. p. 38. (GAOR, 16th sess., Suppl. no. 17).

125 También puede citarse en esta línea el caso de San Juan Bautista de Ajudá: se trataba de una minúscula fortaleza portuguesa asentada en el territorio de la actual República de Benín. El Comité de los 24 la había incluido en la lista de territorios no autónomos, pero Benín sostenía que era parte de su territorio. El 1 de agosto de 1961 fue invadido militarmente por Benín –entonces denominado Reino Dahomey. Naciones Unidas no dijo nada al respecto. No obstante, el caso de San Juan Bautista de Ajudá no puede considerarse análogo al de Goa ya que este era un territorio minúsculo y literalmente sin población.

126 Véase LAUTERPACHT, E., et.al., *Legal Opinion on Guatemala's Territorial Claim to Belize*, 2001. (Disponible en: <https://amandala411.wordpress.com/wp-content/uploads/2013/03/bz-legal-opinion.pdf>)

127 Véase SÁNCHEZ, M., *op.cit.*, 572-574 en cuanto a las razones que podrían explicar la distinta postura mantenida por la Asamblea General en los casos de Belice y Malvinas.

pios mencionados valen para la población de Belice con no menor fuerza que para los pueblos de los otros territorios coloniales”. Es decir, que Guatemala *no* lleva razón y Belice *no* forma parte de su territorio y su pueblo, sino que constituyen *otro* territorio y pueblo. Además, se refiere al Reino Unido como “potencia administradora” y lamenta que “ciertas divergencias de opinión entre la Potencia administradora y el Gobierno de Guatemala acerca del futuro de Belice hayan impedido que el pueblo de Belice ejerza su derecho a la libre determinación”

En las Resoluciones posteriores –31/50 de 1 de diciembre de 1976; 32/32 de 1977; 33/36 de 13 de diciembre de 1978; 34/38 de 21 de noviembre 1979; 35/20 de 11 noviembre 1980– se incidiría sin ambages en estos puntos. En la 31/50 de 1 de diciembre de 1976¹²⁸ la Asamblea lamentó adicionalmente que “dichas negociaciones no hayan producido la eliminación de los obstáculos que hasta ahora han impedido que el pueblo de Belice ejerza libremente y sin temor su derecho inalienable a la libre determinación y la independencia”. Nótese pues la diferencia evidente con el caso de Malvinas y Gibraltar: aquí la Asamblea indica claramente que las negociaciones deben tener lugar, pero sobre el modo en que Belice debe autodeterminarse. Es decir, que cuando la Asamblea considera que las negociaciones entre dos países deben versar únicamente sobre el *cómo* se pone fin a un proceso de colonización, lo dice¹²⁹.

Surge entonces la pregunta: si la Asamblea ni ha negado ni ha afirmado la aplicación del principio de integridad a los casos de Malvinas y Gibraltar, ¿en qué situación se encuentran?

5. La teoría del limbo colonial

Es cierto que en dos momentos muy concretos la Asamblea flirteó con asumir la tesis de la reintegración: en el caso Malvinas de manera muy tenue con la Resolución 31/49 de diciembre de 1976 en que, como decíamos, afirmó tener presente varias declaraciones de apoyo a la postura Argentina realizadas por un conjunto numeroso de países. Y en el caso Gibraltar, y con mayor fuerza, con la Resolución 2353 (XXII) de 19 de diciembre de 1967, donde se mencionó explícitamente el 6º párrafo de la Resolución 1514 (XV). Además, España tiene en su favor que, a diferencia de Argentina, en las resoluciones sobre Gibraltar la Asamblea emplea el término ‘potencia administradora’ para referirse al Reino Unido.

Dicho esto, entendemos que estas Resoluciones no constituyen un argumento de peso en pro de la tesis irredentista porque ocurrieron justo después de que el Reino Unido llevara a cabo actos que dificultaban seriamente poder llegar a un acuerdo negociado de la controversia y,

128 Resolutions and decisions adopted by the General Assembly during its 31st session. Volume 1, 21 September-22 December 1976. A/31/39. 1977. p. 122-123. (GAOR, 31st sess., Suppl. no. 39).

129 Y nótese también la forma diferente en que la Asamblea se refiere a la Resolución 1514 en las Resoluciones de Belice y en las de Malvinas: mientras que en las de Malvinas meramente hace referencia a la “resolución 1514 (XV) de 14 de diciembre de 1960, [que] se inspiró en el anhelado propósito de poner fin al colonialismo”, en las de Belice se menciona la “resolución 1514 (XV) de 14 de diciembre de 1960, en particular que todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación, en virtud del cual determinan libremente su condición”. Es decir, que en las Resoluciones de Malvinas el acento está en poner fin al colonialismo de modo genérico, sin decir cómo; en cambio, en las de Belice el énfasis está en que los pueblos determinen libremente su condición.

más importante, no se volvieron a repetir. Es decir, que fueron ideas meramente puntuales, lo que sugiere que fueron un mero reproche a los británicos. Si a ello le sumamos las grandes diferencias con los casos claros de reintegración que acabamos de exponer, entendemos que la conclusión más plausible es la indicada: no, Naciones Unidas no apoya la tesis de la reintegración en el caso Malvinas y Gibraltar.

Ahora bien, si no resultan de aplicación ninguno de los dos principios, de nuevo, ¿en qué situación jurídica se encuentran Malvinas y Gibraltar? Nuestra tesis es que existe una tercera opción interpretativa. En los casos de Malvinas y Gibraltar lo que deben hacer las partes no es negociar *cómo* se lleva a cabo el plebiscito de libre determinación; tampoco es negociar *cómo* se lleva a cabo la reintegración territorial. Lo que exige la Asamblea es que las partes negocien pura y simplemente, es decir, sin que existan líneas rojas predeterminadas o puntos finales a alcanzar. Es decir, que la negociación debe tener lugar sobre *todos* los puntos: si las partes acuerdan que los habitantes deben decidir ellos mismos mediante plebiscito será un buen final; si en cambio acuerdan que el territorio debe reintegrarse también; si acuerdan una situación de cosoberanía también, etc. El único –pero no por ello menos importante– deber jurídico que señala sistemáticamente la Asamblea es el de solventar la situación de forma negociada. Y es por esto que hablamos de “limbo jurídico” dado que, incluso si las partes negocian de buena fe y con ánimo de hacer concesiones mutuas, la disputa no tendría por qué solventarse nunca si resultara que las partes no consiguen ponerse de acuerdo.

En favor de esta tesis puede aducirse todo lo visto hasta ahora, a saber: que cuando es de aplicación alguno de los dos principios y *no* es de aplicación el otro la Asamblea lo deja claro –bien de forma expresa en una resolución, como en el caso de Ifni, bien de forma implícita o por la vía de hecho como en el caso de Hong Kong–. Luego, si no lo ha dejado claro tras décadas de Resoluciones, debe entenderse que es porque no son de aplicación ni el principio de libre determinación ni el principio de integridad territorial. Es más, el tenor literal de las diversas Resoluciones es bastante claro: una y otra vez se insiste en la cuestión de la *negociación*. Esa ha sido la única constante clara a lo largo de las décadas.

Para acabar de fundamentar esta opción interpretativa vamos a referirnos brevemente al caso de Nueva Guinea Occidental, dado que, en cierta medida, constituye un tenue precedente de “limbo colonial”.

Nueva Guinea Occidental era una de las diversas colonias de los Países Bajos. En esta ocasión era reclamada por Indonesia como parte de su territorio –en base a argumentos raciales y culturales, no de títulos históricos. En cambio, Países Bajos sostenían que era un pueblo distinto con derecho a la libre determinación. En mayo de 1962 Indonesia invade militarmente la zona pero poco después, se llegó a una tregua y un pacto entre las partes con el siguiente contenido: se transfería la administración provisional del territorio a Indonesia, pero a cambio se celebraría un “acto de elección libre” por parte de la población.

En la Resolución 1752 (XVII) de 21 de septiembre de 1962¹³⁰ la Asamblea abordó el asunto. Era de esperar que condenase la invasión realizada por Indonesia y que se refiriera a la libre

130 Resolutions adopted by the General Assembly during its 17th session, 18 September-20 December 1962. A/5217. 1963. p. 70. (GAOR, 17th sess., Suppl. no. 17).

determinación del pueblo de Nueva Guinea Occidental en tanto que uno de los territorios no autónomos en la lista del Comité. Sin embargo, se limitó a incluir como primer considerando que tomaba nota –sin incluir ningún calificativo crítico– que los gobiernos respectivos habían “resuelto su litigio sobre Nueva Guinea Occidental”.

El denominado “acto de libre opción” tuvo lugar en 1969 y consistió en una votación claramente amañada por el gobierno de Indonesia y en la que ganó de manera *unánime* la opción favorable a la integración. Aun así, los Países Bajos reconocieron el resultado y en la Resolución 2504 (XXIV) de 19 de noviembre de 1969¹³¹ la Asamblea dio todo el proceso por bueno “*Teniendo presente* que [...] ambas Partes en el Acuerdo reconocieron esos resultados y se atienen a ellos”.

Este caso y el fraude electoral que conllevó ha sido interpretado de dos modos: de una parte, hay quien entiende que se violaron los derechos del pueblo de Nueva Guinea Occidental, pero que razones políticas llevaron a la comunidad internacional a mirar hacia otro lado. De otra, diversos autores consideran que se toleró porque era un caso de integridad territorial que, mal que bien, había acabado como correspondía, es decir, con la restauración de Indonesia, por lo que los medios empleados eran excusables¹³².

No obstante, nuestra interpretación también encaja bien: como en los casos de Malvinas y Gibraltar existe una *disputa de soberanía*, lo que en la Resolución 1752 (XVII) se denominó –aunque fuera de pasada– una “disputa”. Es decir, uno de esos casos extraños en que dos Estados reclaman un territorio, pero en los que no es de aplicación ni el principio de integridad ni el de libre determinación. Sin embargo, y a diferencia de lo que ha sucedido en Malvinas y Gibraltar, las partes negociaron con éxito y llegaron a un acuerdo. Un acuerdo que, en consecuencia, la Asamblea aceptó y dio por bueno. En su virtud tuvo lugar una votación. Fraudulenta, sí, pero aceptada en todo caso por las partes implicadas. ¿Y por qué aceptó la Asamblea ese engaño? Pues puede entenderse –o eso proponemos– que aceptó porque entendía que, como sostenemos que sucede en los casos de Malvinas y Gibraltar, la clave en ese litigio *no* era la libre determinación de los pueblos –que exigiría un plebiscito limpio–, sino que las partes negociaran y arreglaran la controversia. Dado que “ambas Partes en el Acuerdo reconocieron esos resultados y se atienen a ellos”, en la Resolución 2504 (XXIV) se da el asunto por adecuadamente zanjado.

V. CONCLUSIONES

En este texto hemos procurado mostrar que en el Derecho internacional existen al menos tres tipos de ocupación colonial, requiriendo cada una de ellas una solución distinta. En primer lugar, la situación clásica y casi universal: la existencia de *un* territorio y *un* pueblo distinto, *plenamente* dominado por una potencia extranjera; este pueblo está legitimado a decidir de manera autónoma su condición política, normalmente mediante un referéndum. En segundo

131 Resolutions adopted by the General Assembly during its 24th session, 16 September-17 December 1969. A/7630. 1970. p. 3. (GAOR, 24th sess., Suppl. no. 30).

132 CASSESE, A., *op.cit.*, p.84; TRINIDAD, *op.cit.*, p.30.

lugar, los excepcionales casos de retrocesión: el territorio de un Estado está *parcialmente* ocupado por una potencia colonial extranjera; los habitantes de ese territorio *no* forman un pueblo distinto y la potencia colonial debe *reintegrar* el territorio en cuestión a su Estado matriz. Y, en tercer lugar, –como propuesta original que realizamos– los “casos limbo negociador”. En este tercer caso existe un territorio colonizado por una potencia extranjera y un Estado afectado por esa colonización, pero la población del territorio *no* constituye un pueblo distinto ni tampoco el territorio pertenece al Estado afectado. En este tercer caso la solución pasa porque la potencia colonial y el Estado afectado *negocien* una solución, pero sin que estas negociaciones estén predeterminadas en cuanto a su resultado en modo alguno: cualquier resultado –la retrocesión, la independencia, la anexión, la cosoberanía etc.– será conforme a Derecho mientras lo acepten las partes implicadas respetando los intereses de la población –que no pueblo– del territorio en cuestión.

Las razones que nos permiten proponer la existencia de este tercer caso y sostener que lo integran Gibraltar y Malvinas son las siguientes. Podemos afirmar que no nos encontramos en la primera de las situaciones porque en ninguna de las Resoluciones que la Asamblea ha emitido sobre los casos de Malvinas y Gibraltar se menciona la existencia de un pueblo ni del derecho a la libre determinación. También podemos afirmar que no nos encontramos en la segunda de las situaciones por cuanto existen diferencias suficientemente significativas entre los casos de Malvinas y Gibraltar, y los casos claros de retrocesión de Ifni, Hong Kong y Macao. En efecto, en los casos de retrocesión la Asamblea ha solicitado que la misma tenga lugar, o bien de modo bastante explícito, o bien de forma implícita eliminando las regiones en cuestión de la lista de territorios no autónomos pendientes de descolonización.

Establecido lo anterior: ¿por qué nos encontramos en la tercera situación en los casos de Malvinas y Gibraltar? Pues porque indudablemente nos encontramos ante una situación colonial incluida en el ámbito de la Resolución 1514 (XV) –tal y como ha reiterado la Asamblea–, y porque en todas las Resoluciones tiene lugar la invitación a solventar la disputa de soberanía de manera negociada. Dos hechos que se entienden mejor si postulamos la existencia de este tercer tipo de situación colonial, tal y como aquí proponemos.

Finalmente, es menester advertir que, como destaca DEL VALLE GÁLVEZ, el problema de esta doctrina es que es imposible que la situación se resuelva definitivamente a menos que ambas partes lo deseen¹³³. La pregunta que se abre en este punto –y que trabajos posteriores deberán abordar– es qué contenido exacto tiene aquí el deber de negociar y de qué modo lo están cumpliendo o incumpliendo los obligados. Por ejemplo, cabe plantear si Reino Unido respeta esta obligación cuando supedita toda negociación en materia de soberanía a los deseos de los respectivos habitantes. En todo caso, huelga decir que, dados los intereses británicos en conservar el *statu quo* y la baja capacidad de presión de sus interlocutores, la descolonización de Malvinas y Gibraltar seguramente esté aún muy lejos en el tiempo.

133 DEL VALLE GÁLVEZ, A., “Gibraltar en las resoluciones y decisiones de la Asamblea General de la ONU, 1965-2015. Algunas valoraciones”, *op.cit.*, p.514. Véanse además las pp.514-517 sobre cuál sea el contenido exacto del deber de negociar en el caso de Gibraltar.

LA GRAN ESTRATEGIA DE CHINA EN LA ERA DE XI JINPING: FACTORES DETERMINANTES Y TRAYECTORIA

CHINA'S GRAND STRATEGY IN THE XI JINPING ERA: DRIVING FACTORS AND TRAJECTORY

ALEJANDRA PEÑA GONZÁLEZ*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. CONSIDERACIONES TEÓRICAS Y METODOLÓGICAS. III. FACTORES DETERMINANTES DE LA GRAN ESTRATEGIA DE CHINA. IV. TRAYECTORIA DE LA GRAN ESTRATEGIA DE CHINA: DEL PRAGMATISMO A LA ASERTIVIDAD. V. CONCLUSIONES.

RESUMEN: La gran estrategia de “Desarrollo Pacífico” de China ha sido objeto de un ajuste gradual que se evidencia en el cambio de enfoque de la política exterior, transitando de un carácter pragmático a uno más proactivo y asertivo. Este estudio plantea las siguientes preguntas centrales: ¿qué factores han impulsado este ajuste? ¿cómo han interactuado estos factores durante la era de Xi Jinping? ¿hasta qué punto la gran estrategia del “Sueño Chino” representa una ruptura con los principios de la estrategia de “Desarrollo Pacífico”? Para responder a estas cuestiones, el estudio desarrolla un marco analítico de síntesis y multinivel que identifica los factores sistémicos y domésticos que impulsan el ajuste. La investigación adopta una metodología cualitativa basada en el análisis documental y la triangulación de fuentes primarias y secundarias, lo que permite comprender cómo se articulan los “intereses fundamentales” de China y los medios dispuestos para alcanzarlos. Los hallazgos indican que el ajuste de la gran estrategia ha sido impulsado por la retroalimentación de factores sistémicos y domésticos, consolidando un liderazgo más fuerte y una política exterior asertiva. Aunque el “Sueño Chino” marca un cambio en los medios de la gran estrategia, no representa una ruptura con los principios rectores del “Desarrollo Pacífico”, sino una adaptación a las nuevas circunstancias globales y crecientes aspiraciones de poder de China.

ABSTRACT: China's grand strategy of “Peaceful Development” has undergone a gradual adjustment, reflected in China's foreign policy shift from a pragmatic to a more proactive and assertive approach. This study seeks to answer key questions: What factors have driven this adjustment? How have these factors interacted during Xi Jinping's era? To what extent does the “Chinese Dream” grand strategy represent a rupture from the principles of “Peaceful Development”? To address these questions, the study develops a synthetic and multi-level analytical framework that identifies the systemic and domestic factors driving the adjustment. The research employs a qualitative methodology based on document analysis and triangulation of primary and secondary sources, providing insights into how China's “core interests” and the means to achieve them are articulated. The findings indicate that the adjustment of the grand strategy has been driven by the interaction and feedback between systemic and domestic factors, resulting in a stronger Chinese leadership and a more assertive foreign policy. While the “Chinese Dream” marks a shift in the strategic means, it does not represent a complete rupture from the

Fecha de recepción del trabajo: 17 de octubre de 2024. Fecha de aceptación de la versión final: 25 de noviembre de 2024.

* Profesora Asociada de Relaciones Internacionales en el Departamento de Derecho Público y Ciencias Histórico-Jurídicas de la Universitat Autònoma de Barcelona (UAB), Profesora Colaboradora de la Universitat Oberta de Catalunya (UOC) y miembro del Grupo de Investigación Consolidado por la Generalitat de Catalunya “InterÀsia i el nou sistema internacional: Societat, política i cultura” (2021 SGR 01028). ORCID ID: 0000-0001-6569-8305. E-mail: alejandra.pena@uab.cat. La autora agradece los comentarios y sugerencias aportados por los evaluadores anónimos. Todos los enlaces a recursos electrónicos y páginas web fueron verificados por última vez el 12 de octubre de 2024. Las traducciones al castellano son propias de la autora.

guiding principles of “Peaceful Development”, but rather an adaptation to new global circumstances and China’s growing power aspirations.

PALABRAS CLAVE: gran estrategia de china, sueño chino, ajuste estratégico, factores sistémicos y domésticos, política exterior china, asertividad.

KEYWORDS: *China’s grand strategy, Chinese dream, strategic adjustment, systemic and domestic factors, Chinese foreign policy, assertiveness.*

I. INTRODUCCIÓN

La primera década del siglo XXI estuvo marcada por una crisis financiera mundial sin precedentes que desencadenó cambios significativos en la configuración de las dinámicas del poder global¹. Entre ellos, el ascenso de potencias emergentes, como China, cuyo auge contribuye al desplazamiento del poder de Occidente hacia Oriente, e impulsa transformaciones importantes en el sistema internacional y la economía global². Actualmente, China se posiciona como la segunda mayor economía del mundo³, el principal receptor de reservas de divisas extranjeras y el mayor exportador de bienes a nivel mundial. El país se posiciona también como el principal contribuyente individual al crecimiento del PIB nominal mundial, representando su contribución un 35% del total⁴. En septiembre de 2024, el yuan superó al euro, consolidándose como la segunda moneda más utilizada para transacciones internacionales, un hito significativo en el proceso de internacionalización de la moneda china. Así mismo, China destaca como una de las principales fuentes de financiamiento a nivel mundial, habiendo otorgado aproximadamente 1,5 billones de dólares en préstamos a países en vías de desarrollo. En vista de ello, cabría esperar que las próximas décadas sean testigo de la consolidación del ascenso de China, no solo en términos económicos, sino también en los ámbitos político, militar y tecnológico. El creciente poder de China no solo continuará moldeando el orden internacional contemporáneo, sino que también impulsará transformaciones clave en su política doméstica y exterior, necesarias para afrontar los desafíos derivados de su ascenso.

En efecto, el ascenso económico de China ha generado una serie de desafíos internos y externos que la quinta generación del liderazgo chino ha de afrontar para catapultar al país hacia la consecución de sus objetivos a largo plazo y a la “gran revitalización nacional de China”⁵. En el plano doméstico, destacan como desafíos fundamentales el mantener el crecimiento econó-

1 Véase, ACHARYA, A., BUZAN, B., *The Making of Global International Relations. Origins and Evolution of IR at its Centenary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019.

2 Véase XUETONG, Y. “Power Shift and Change in the International System”, en XUETONG, Y., *The World in 2020 According to China*, Brill, Leiden, 2014, pp. 137-156.

3 En términos de su Producto Interno Bruto (PIB) nominal.

4 FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, “China se tambalea, pero no caerá”, 01/12/2023, disponible en <https://www.imf.org/es/Publications/fandd/issues/2023/12/China-bumpy-path-Eswar-Prasad>

5 En pinyin, *zhōnghuá mínzú wěidà fùxīng* 中华民族伟大复兴. La frase “rejuvenecimiento nacional” se refiere literalmente a la recuperación del estatus internacional histórico de China como el estado más avanzado del mundo durante el período de la Prosperidad de Zhenguan (627-649 d.C.) en los primeros años de la dinastía Tang (618-907 d.C.). Hoy en día, esta frase se refiere específicamente a los esfuerzos de China por alcanzar a los Estados Unidos en términos de poder nacional integral. Véase, XUETONG, Y., “From

mico, asegurar el desarrollo socioeconómico de la nación, profundizar la reforma, preservar la estabilidad del orden político y la legitimidad del Partido Comunista de China (PCCCh)⁶. Aunque estos desafíos han tenido también que ser abordados por la cuarta generación de líderes chinos, la cuestión de mantener el crecimiento económico es más que crítica para el liderazgo actual. En especial, en un contexto de guerra comercial con EE. UU., el estallido de la pandemia en 2020, la puesta en marcha de la política de “COVID Cero” y la profunda crisis del mercado inmobiliario⁷. Y es que a pesar de las impresionantes estadísticas que han rodeado el ascenso económico de China en relación con la economía global, desde 2012 la tasa de crecimiento anual del PIB real del país ha estado cayendo gradualmente del 9,3% en 2011 al 6,9% en 2017, al 2,2% en 2020 y al 5,2% en 2023⁸.

En el plano internacional, a medida que China continua su ascenso, su participación en la gobernanza global se vuelve esencial. China ha sostenido gran parte de su crecimiento mediante su inserción a las instituciones políticas y económicas que sustentan el orden liberal⁹. Por lo tanto, Beijing no tiene interés en ser percibido como un actor disruptivo del orden, pero reclama desde dentro una reforma de estas estructuras, a la vez que impulsa la creación de nuevas instituciones multilaterales (ej. El Nuevo Banco de Desarrollo y el Banco Asiático de Inversión en Infraestructura) y desarrolla proyectos de gran envergadura como la Iniciativa de la Franja y la Ruta (BRI, por sus siglas en inglés). De esta manera, China equilibra su participación en el sistema multilateral existente con la creación de marcos alternativos que le permitan tener un mayor protagonismo y reflejen mejor sus prioridades e intereses. Este posicionamiento, junto con el progresivo aumento del gasto militar, ha generado incertidumbres sobre las intenciones de China, especialmente en aquellas regiones con una presencia de larga data de otras grandes potencias como los EE. UU. Tal como asevera Chan, la creciente implicación de China en diversas áreas a nivel global ha generado una tendencia emergente que “refleja un cambio en el papel de China, de ser un adherente pasivo al orden global existente, a convertirse un actor cada vez más participativo y, para algunos observadores, agresivo en el sistema internacional”¹⁰.

En este contexto, la gran estrategia de China, y por ende su política exterior, han experimentado cambios significativos. En particular, desde el ascenso al poder de Xi Jinping en 2012,

Keeping a Low Profile to Striving for Achievement”, *The Chinese Journal of International Politics*, vol. 7, núm. 2, 2014, pp. 153-184, disponible en <https://doi.org/10.1093/cjip/pou027>.

6 ROSS, R., BEKKEVOLD, J. (Eds.), *China in the Era of Xi Jinping: Domestic and Foreign Policy Challenges*, Georgetown University Press, Washington, DC, 2016.

7 Véase, LI, H., LI, X., “The COVID-19 Pandemic’s Impact on the Chinese Economy”, *China Currents*, vol. 2, núm. 1, 2023, disponible en <https://www.chinacenter.net/2023/china-currents/22-1/the-covid-19-pandemics-impact-on-the-chinese-economy/>

8 NATIONAL BUREAU OF STATISTICS OF CHINA, “National Accounts”, 2024, disponible en <https://data.stats.gov.cn/english/easyquery.htm?cn=C01>

9 La adhesión de China a la Organización Mundial del Comercio (OMC) marcó un hito fundamental en su apertura al libre mercado y su posterior posicionamiento como un actor relevante en la economía mundial. A partir de su ingreso, China escaló rápidamente en el ranking de las mayores economías mundiales, pasando del sexto lugar en 2001, al tercero en 2007, y posteriormente al segundo en 2010, convirtiéndose de una economía regional a una economía global.

10 CHAN, J., *China Faces the World: Making Rules for a New Order?*, *Journal of Global Policy and Governance*, vol. 2, núm. 1, 2013, pp. 105-119, p. 106, disponible en <https://doi.org/10.1007/s40320-013-0022-7>

la gran estrategia de “Desarrollo Pacífico”¹¹ ha sido objeto de un proceso de ajuste que se evidencia en el cambio de enfoque de la política exterior¹², pasando de un carácter pragmático a uno más asertivo¹³; de “mantener un perfil bajo”¹⁴ a “esforzarse por logros”¹⁵. Este proceso responde, en primer lugar, a la necesidad de satisfacer las crecientes aspiraciones de China como potencia emergente. En segundo lugar, al imperativo de proyectar un perfil internacional más proactivo y de liderazgo dentro del orden internacional. En tercer lugar, a incrementar la influencia global de Beijing y, finalmente, a gestionar eficazmente los desafíos emergentes derivados de su propio ascenso. El ajuste de la gran estrategia refleja también la visión del nuevo liderazgo sobre el “lugar correcto” que China ha de ocupar en el sistema internacional, al tiempo que denota su intención de impulsar la revitalización nacional a través de su política exterior.

Por lo anteriormente expuesto, resulta fundamental comprender: ¿qué factores han impulsado el ajuste en la gran estrategia de China? ¿cómo han interactuado estos factores en la formulación de dicha estrategia durante la era de Xi Jinping? ¿cuáles son las motivaciones subyacentes a estos cambios y hasta qué punto representan una ruptura con los principios de la gran estrategia de “Desarrollo Pacífico”? Estas preguntas se enmarcan en debates clave que han dominado la literatura de las Relaciones Internacionales de las dos últimas décadas y que giran en torno a las siguientes preguntas: ¿qué busca China?¹⁶ ¿cómo se posiciona ésta en el sistema internacional?¹⁷ ¿cuáles son las implicaciones de su ascenso para este último?¹⁸ ¿tiene o no China una gran estrategia articulada en su búsqueda de estatus de gran potencia?¹⁹, y de ser así,

11 En pinyin, *heping fazhan* 和平发展. En inglés, *peaceful development*.

12 Véase, XUETONG, Y., “From Keeping a Low Profile to Striving for Achievement”, *The Chinese Journal of International Politics*, vol. 7, núm. 2, 2014, pp. 153-184, disponible en <https://doi.org/10.1093/cjip/pou027>

13 Entendemos por asertividad el aumento en la demostración de confianza, proactividad y asunción de riesgo en la búsqueda de un país de sus objetivos de política exterior y doméstica. Esto implica la creciente adjudicación y priorización de recursos económicos, sociales, políticos y militares al logro de tales objetivos.

14 En pinyin, *tao guang yang hui* 韬光养晦. En inglés, *keeping a low profile*.

15 En pinyin, *fenfa youwei* 奋发有为. En inglés, *striving for achievement*.

16 Véase, LEGRO, J. W., “What China will want: the future intentions of a rising power”, *Perspectives on Politics*, vol. 5, núm. 3, 2007, pp. 515-534; NATHAN, A. J., “What China Wants: Bargaining With Beijing”, *Foreign Affairs*, vol. 90, núm. 4, 2011, pp. 153-158.

17 Véase, WANG, J., “China’s Search for a Grand Strategy: A Rising Great Power Finds its Way”, *Foreign Affairs*, vol. 90, núm. 2, 2011, pp. 68-79; PU, X., “Controversial Identity of a Rising China”, *The Chinese Journal of International Politics*, vol. 10, núm. 2, 2017, pp. 131-149, disponible en <https://doi.org/10.1093/cjip/pox004>; GILL, B., *Rising Star: China’s New Security Diplomacy*, Brookings Institution Press, 2007.

18 Véase, BUZAN, B. & FOOT, R. (eds.), *Does China Matter? A Reassessment: Essays in Memory of Gerald Segal*, Londres, Routledge, 2004; MEARSHEIMER, J.J., “China’s Unpeaceful Rise”, *Current History*, vol. 105, núm. 690, 2006, pp. 160-162; IKENBERRY, J., “The Rise of China and the Future of the West: Can the Liberal System Survive?”, *Foreign Affairs*, vol. 87, núm. 1, 2008, pp. 23-37; FOOT, R., WALTER, A., *China, the United States, and Global Order*, Nueva York, Cambridge University Press, 2011; MEARSHEIMER, J.J., “The Gathering Storm: China’s Challenge to US Power in Asia”, *The Chinese Journal of International Politics*, vol. 3, 2019, pp. 381-396, disponible en <https://doi.org/10.1093/cjip/poq016>

19 Véase, GOLDSTEIN, A., *Rising to the Challenge: China’s Grand Strategy and International Security*, Stanford, Stanford University Press, 2005; WANG, T., “The Rise of China and its Emerging Grand Strategy”, *Journal of Asian and African Studies*, vol. 43, núm. 5, 2008, pp. 491-496, disponible en <https://doi.org/10.1177/0021909608094595>; WANG, J., “China’s Search for a Grand Strategy: A Rising Great

¿cómo ha evolucionado dicha estrategia con la llegada de Xi Jinping al poder?²⁰. Partiendo de la premisa de que China, posee una gran estrategia articulada y coherente²¹, el presente artículo, busca contribuir a dicho debate al identificar y explicar los factores que han impulsado el ajuste en la gran estrategia de China y las motivaciones subyacentes este.

La mayoría de las contribuciones académicas sobre los factores determinantes y condicionantes en la formación de la gran estrategia, o bien adoptan una perspectiva teórica limitada a una sola teoría de las Relaciones Internacionales, o bien tienden a enfocarse en un solo nivel de análisis, ya sea priorizando los factores internacionales o los domésticos. En respuesta a esta limitación, esta investigación desarrolla un marco analítico de síntesis y multinivel que no solo integra elementos de diversas aproximaciones teóricas, sino que también permite cerrar la brecha entre los niveles de análisis sistémico y doméstico. Para ello, se identifican y categorizan dos conjuntos principales de factores. Por un lado, los factores sistémicos, que incluyen: a) los cambios estructurales en la economía global y b) las fluctuaciones en la distribución global del poder. Por otro lado, los factores domésticos, que comprenden: a) la preservación del régimen y legitimidad del PCCh, b) el agotamiento del modelo de desarrollo económico y c) la reestructuración de las élites. La interacción y retroalimentación entre los niveles sistémico y doméstico permite comprender cómo las dinámicas internas y el entorno internacional se entrelazan para dar forma a la gran estrategia de China y su política exterior. En este sentido, los factores domésticos actúan como catalizadores del ajuste de la gran estrategia, facilitando el aprovechamiento de las oportunidades derivadas por los factores sistémicos.

En consecuencia, el presente estudio sostiene que el ajuste en la gran estrategia de China ha sido impulsado por la síntesis de factores domésticos y sistémicos. De esta manera, la interacción y retroalimentación entre ambos tipos de factores resulta en el ejercicio de un liderazgo más fuerte, lo que conduce al ajuste de la gran estrategia en relación con los medios estratégicos, y al establecimiento de una política exterior más proactiva y asertiva. Así mismo, se

Power Finds its Way”, *Foreign Affairs*, vol. 90, núm. 2, 2011, pp. 68-79. ROY, D., “China’s Grand Strategy is not Absent, Just Contradictory”, *Asia Pacific Bulletin*, núm. 292, 2014, disponible en <https://www.eastwestcenter.org/sites/default/files/private/apb292.pdf>; CLARKE, M., “The Belt and Road Initiative: China’s New Grand Strategy?”, *Asia Policy*, núm. 24, 2017, pp. 71–79; DENOON, D.B., (ed.), *China’s Grand Strategy. A Roadmap to Global Power?*, Nueva York, New York University Press, 2021; NYE, J.S., “Perspectives for a China Strategy”, en NYE, J.S., *Soft Power and Great-Power Competition. China and Globalization*, Singapore, Springer, 2023, pp. 117-129, disponible en https://doi.org/10.1007/978-981-99-0714-4_19

20 Véase, GOLDSTEIN, A., “China’s Grand Strategy under Xi Jinping: Reassurance, Reform, and Resistance”, *International Security*, vol. 45, núm. 1, 2020, pp. 164-201, disponible en https://doi.org/10.1162/isec_a_00383; XIAO, X. & MEN, H., “China’s Grand Strategy: Xi Jinping’s New Ideas, Concepts and Strategies for the Governance of China”, en *Chinese Diplomacy in the New Era. Understanding China*, Singapur, Springer, 2021, en https://doi.org/10.1007/978-981-16-1156-8_2.

21 Aunque la gran estrategia de China no se condensa y no se explicita como tal en un único documento oficial, la racionalización académica a posteriori de documentos clave, políticas, pronunciamientos y discursos del liderazgo chino, permite identificar los principios rectores y componentes centrales que orientan dicha estrategia. Es decir, el análisis de estas fuentes revela que existe un diseño coherente de objetivos y directrices han sido integrados en la política exterior de China, convirtiéndola en una herramienta fundamental para la consecución de los objetivos a largo plazo del país.

argumenta que la emergencia de la gran estrategia del “Sueño Chino”²² en la era de Xi Jinping no supone una ruptura total de los principios de la gran estrategia de “Desarrollo Pacífico”, sino un ajuste de esta última, en tanto y cuanto, los objetivos a largo plazo se mantienen relativamente constantes, y son los medios para alcanzarlos los que han cambiado de manera significativa. Para sustentar estos argumentos, el estudio emplea una metodología de investigación cualitativa, basada en el análisis documental y la triangulación de fuentes primarias y secundarias, cuyo proceso de codificación, categorización y análisis se detalla en la siguiente sección. Este enfoque permite no solo comprender el abanico de factores que determinan el ajuste de la gran estrategia de China, sino también sus motivaciones subyacentes. Así mismo, esta aproximación permite identificar los elementos de cambio y continuidad en la trayectoria de gran estrategia, desde el “Desarrollo Pacífico” hasta el “Sueño Chino”, y sus respectivos enfoques de política exterior.

Tras esta introducción, el artículo se organiza en cuatro secciones principales. La sección II presenta la revisión de la literatura, el diseño del marco analítico, y el enfoque metodológico empleado. La sección III profundiza en el desarrollo del marco analítico propuesto, y lo aplica, con el fin de comprender cómo la interacción entre factores sistémicos y domésticos impulsa el ajuste de la gran estrategia de China. La sección IV desarrolla el contenido de dicho ajuste, a través del análisis de la transición entre la gran estrategia de “Desarrollo Pacífico” y el “Sueño Chino”, y sus respectivos enfoques de política exterior. También se explicitan los elementos de cambio y continuidad en la gran estrategia, con el fin de proporcionar un contexto coherente para comprender las motivaciones detrás su ajuste. Finalmente, la sección V presenta las conclusiones y reflexiones finales.

II. CONSIDERACIONES TEÓRICAS Y METODOLÓGICAS

El concepto de gran estrategia suele encontrarse frecuentemente en la literatura sobre la política de poder de las grandes potencias²³, no obstante, su definición y significado es objeto de debate²⁴. Dos corrientes destacan dentro de este debate. Por una parte, aquella que comprende la gran estrategia desde un enfoque clásico y militarista que limita el concepto a un contexto bélico y objetivos de guerra. En este sentido, la gran estrategia implica “coordinar y dirigir

22 En pinyin, *zhongguo meng* 中国梦. En inglés, *Chinese Dream* o *China Dream*.

23 KENNEDY, P., *The Rise and Fall of the Great Powers: Economic Change and Military Conflict from 1500 to 2000*, Nueva York, Random House, 1987; LAYNE, C., *The Peace of Illusions: American Grand Strategy from 1940 to the Present*, Ithaca, NY, Cornell University Press, 2006; POSEN, B. R., *Restraint: A New Foundation for U.S. Grand Strategy*, Ithaca, Cornell University Press, 2014; BROOKS, S. G., WOHLFORTH, W. C., *America Abroad: The United States' Global Role in the 21st Century*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

24 Para una exposición reciente de este debate, véase, POPECSU, I. C., “Grand Strategy vs. Emergent Strategy in the Conduct of Foreign Policy”, *Journal of Strategic Studies*, vol. 41, núm. 3, 2018, pp. 438-460, disponible en <https://doi.org/10.1080/01402390.2017.1288109>; SILOVE, N., “Beyond the Buzzword: The Three Meanings of ‘Grand Strategy’”, *Security Studies*, vol. 27, núm. 1, 2018, pp. 27-57, disponible en <https://doi.org/10.1080/09636412.2017.1360073>; y LISSNER, R. F., “What Is Grand Strategy? Sweeping a Conceptual Minefield”, *Texas National Security Review*, vol. 2, núm. 1, 2018, pp. 52-73, disponible en <https://doi.org/10.26153/tsw/868>.

todos los recursos de una nación, o grupo de naciones, hacia el logro del objetivo político de la guerra”²⁵. Por otra parte, encontramos un enfoque más holístico y cercano a las Relaciones Internacionales que amplía el concepto a una estrategia política a largo plazo y establecida para ejecutarse en escenarios de tiempos de paz y tiempos de guerra²⁶, y en la que al igual que la anterior, se consideran todos los medios disponibles para alcanzar la variedad de objetivos planteados²⁷. Desde esta perspectiva, la formulación de la gran estrategia y la selección y despliegue de sus instrumentos, dependerá tanto del tipo de intereses del Estado como de lo que se considere amenace tales intereses, siendo que la búsqueda de la seguridad esté sujeta a la coordinación y movilización efectiva de instrumentos de diversa naturaleza²⁸. A pesar de esta falta de consenso en la definición, es posible observar que hay un supuesto de partida común en gran parte de las aproximaciones, y es que la gran estrategia incluye un conjunto de objetivos y medios específicos para alcanzarlos²⁹. La naturaleza de tales objetivos y los instrumentos que se empleen para conseguirlo es lo que irá variando.

Enmarcada en esta segunda corriente, definimos a la gran estrategia como un conjunto coherente de principios que sustentan el empleo racional de los recursos de poder de un estado para lograr sus objetivos estratégicos a largo plazo y en relación con el orden internacional imperante. Por consiguiente, la gran estrategia refleja la visión que tienen los decisores acerca de la posición actual y deseable del estado en el sistema internacional, a la vez que articula dichos principios en planes o políticas que comprenden la determinación de emplear los medios diplomáticos, políticos, económicos, tecnológicos e ideológicos disponibles para la consecución de los objetivos a largo plazo. Por una parte, la gran estrategia funge como un marco que permite identificar tales objetivos, las circunstancias que los amenazan, y la forma en que pueden utilizarse todos los recursos de poder de los que dispone el estado para alcanzarlos. Por otra parte, la gran estrategia funge, además, como “la arquitectura intelectual que da forma y estructura a la política exterior”³⁰ en tanto denota las bases para establecer sus prioridades, le da coherencia, y ayuda a discernir las implicaciones estratégicas de las decisiones de política exterior. En este sentido, la gran estrategia tiene un alcance más amplio que la política exterior, ya que la primera proporciona el marco general, los principios rectores que orientan

25 HART, B. H. L., *Strategy: The Indirect Approach*, Faber and Faber, London, 1967, p. 322.

26 BRAWLEY, M. R., *Political Economy and Grand Strategy: A Neoclassical Realist View*, Nueva York, Routledge, 2010, p. 3.

27 Por ejemplo, Brooks and Wohlforth presentan una aproximación que incluye tanto las amenazas militares como las oportunidades económicas, desarrollando un enfoque que vincula elementos de seguridad con elementos económicos, tecnológicos e institucionales. Así mismo, amplía el espectro de los intereses nacionales a cuestiones de carácter diplomático, tecnológico y económico. Véase, Brooks S. y Wohlforth, W., *America Abroad: The United States' Global Role in the 21st Century*, Oxford University Press, London, 2016.

28 BALZACQ, T., DOMBROWSKI, P., REICH, S., “Introduction: Comparing Grand Strategies in the Modern World”, en BALZACQ, T., DOMBROWSKI, P., REICH, S. (eds.), *Comparative Grand Strategy: A Framework and Cases*, Oxford, 2019, p. 7.

29 Hal Brands en su definición sostiene que la “la gran estrategia proporciona en vínculo esencial entre las acciones a corto plazo y los objetivos a mediano y largo plazo”. Véase, BRANDS, H., *What Good Is Grand Strategy? Power and Purpose in American Statecraft from Harry S. Truman to George W. Bush*, Cornell University Press, Ithaca, NY, 2015, p. 4.

30 Ibid., p. 4

su elaboración e implementación, mientras que ésta última implica el conjunto concreto de acciones ejecutadas a través de diversos instrumentos como la diplomacia, la ayuda exterior y las acciones militares entre otros. Por lo demás, entendemos por ajuste estratégico, como “un tipo de cambio en la política exterior que implica modificaciones en la gran estrategia”, y que se mueve en una escala entre “la continuidad (sin ajuste), pasando por la refinación (ajuste menor), la reforma (ajuste moderado), hasta la reestructuración (ajuste mayor)”³¹.

Ahora bien, para situar nuestras preguntas de investigación, y desarrollar el marco analítico que se plantea en este artículo, hemos de abordar la contribución académica que se hace desde el *mainstream* teórico de las Relaciones Internacionales sobre los factores determinantes y condicionantes en la formación de toda gran estrategia. El realismo, en particular en sus corrientes clásica y estructural, sostiene que la naturaleza anárquica del sistema internacional impulsa a los estados a buscar la maximización de su seguridad y poder. Por ende, el principal factor que influirá en la gran estrategia de un país es el equilibrio de poder y la distribución relativa del poder en la estructura internacional³². El liberalismo, por su parte, se centra en la interdependencia interestatal, los incentivos económicos y las restricciones institucionales como factores explicativos. En este sentido, la gran estrategia de China está condicionada por su adhesión a las normas e instituciones internacionales en la medida en que Beijing avanza en su proceso de ascenso y se vuelve cada vez más interdependiente³³. Por último, el constructivismo, ofrece una perspectiva diferente al enfocarse en la influencia de los factores ideacionales como las normas e identidades. La gran estrategia se estructura en torno a las creencias, visiones y percepciones de sus líderes, las cuales se encuentran reflejadas en su discurso y, a su vez, moldean su visión sobre el orden global y el posicionamiento de China en el mismo³⁴. Así, la identidad civilizacional única de China, y los factores arraigados a su historia influyen en cómo esta concibe su papel y lugar en el mundo y por ende su gran estrategia³⁵. Tales aproximaciones –en particular el realismo y el liberalismo– aunque valiosas en su contribución, por si solas resultan insuficientes para proporcionar una explicación exhaustiva de los factores que impulsan el ajuste de la gran estrategia de China y sus motivaciones subyacentes. Su excesiva

-
- 31 GALLAGHER, M., “*Changing Course: The Sources of Strategic Adjustment*”, Georgetown University, 2015, disponible en <https://repository.library.georgetown.edu/handle/10822/1029877>
- 32 MORGENTHAU, H. *Politics Among Nations: The Struggle for Power and Peace*, Alfred A. Knopf, Nueva York, 1948; WALTZ, K.N., *Theory of International Politics*, Waveland Press Inc., Long Grove, IL, 2010; MEARSHEIMER, J.J., *The tragedy of great power politics*, W.W. Norton & Company, New York, 2001; MEARSHEIMER, J.J., “China’s Unpeaceful Rise”, *Current History*, vol. 105, núm. 690, 2006, pp. 160-162.
- 33 KEOHANE, R., NYE, J., *Power and Interdependence: World Politics in Transition*, Brown, Boston, MA, 1977; KEOHANE, R., *After Hegemony: Cooperation and Discord in the World Political Economy*, Princeton University Press, Princeton, 1984; JOHNSTON, A.I., “Is China a Status Quo Power”, *International Security*, vol. 27, núm. 4, 2003, pp. 5-56, disponible en <https://doi.org/10.1162/016228803321951081>; IKENBERRY, J., “The Rise of China and the Future of the West: Can the Liberal System Survive?”, *Foreign Affairs*, vol. 87, núm. 1, 2008, pp. 23-37.
- 34 FOOT, R., “Chinese Strategies in a US-Hegemonic Global Order: Accommodating and Hedging”, *International Affairs*, vol. 82, núm. 1, pp. 77-94, 2006, disponible en <https://doi.org/10.1111/j.1468-2346.2006.00516.x>
- 35 JACQUES, M., *When China Rules the World: The End of the Western World and the Birth of a New Global Order*, Penguin, Londres, 2009.

priorización de los factores internacionales deja de lado elementos fundamentales a la hora de explicar el comportamiento los estados, como lo son la política doméstica y las percepciones de las élites.

En lo que respecta a la subdisciplina del Análisis de Política Exterior (FPA, por sus siglas en inglés), el realismo neoclásico se presenta como un enfoque de rango medio que incorpora tanto factores internacionales como domésticos. Este enfoque reconoce que, si bien, los cambios a nivel internacional, como la variación en la posición de poder relativo de un estado, tienen un impacto determinante en el comportamiento estatal, también acepta que factores domésticos, como la capacidad institucional del estado y las percepciones de las elites sobre el poder relativo, pueden influir en la capacidad del estado para alcanzar los objetivos que persigue³⁶. Por todo lo anterior, concluimos que la mayoría de las teorías o aproximaciones, tienden a enfocarse en un solo nivel de análisis, ya sea priorizando los factores internacionales o los domésticos, siguiendo las tradiciones contrapuestas de la *realpolitik* y la *innenpolitik*. Sin embargo, el enfoque más adecuado para entender la gran estrategia de un Estado no radica en elegir uno sobre el otro, sino en adoptar un marco más integrador que considere la interacción entre ambos niveles³⁷. En lugar de analizar los factores internacionales y domésticos de manera aislada, es crucial examinar cómo se influyen mutuamente. Solo a través de esta perspectiva de síntesis se puede comprender completamente cómo los intereses internos y el entorno internacional se entrelazan para dar forma a la gran estrategia de China y su política exterior. La adopción de esta perspectiva nos permite en primer lugar, integrar los niveles de agencia y estructura, observando cómo interactúan en las acciones de política exterior del estado. En segundo lugar, al considerar que los niveles doméstico e internacional son interdependientes, este análisis evita la tendencia a privilegiar la estructura sobre los actores, como lo hace el realismo estructural, o los factores internos sobre la estructura, como lo proponen las teorías de la *innenpolitik*.

Es por ello, que la presente investigación plantea un marco analítico de síntesis y multinivel que integra elementos de estas aproximaciones teóricas, y permite cerrar la brecha entre los niveles de análisis sistémico y doméstico. Así, hemos categorizado dos conjuntos de factores a saber. Primero, los factores sistémicos, entendidos como aquellos elementos que se originan en el nivel internacional y afectan el comportamiento de un estado en particular. Asimismo, los factores sistémicos son fuerzas que ejercen una influencia significativa sobre la política exterior de un país. Estas fuerzas no solo pueden limitar y definir la política exterior y de seguridad, sino que también pueden llevar a una “repriorización de los objetivos de política exterior, así como a la aparición de nuevos medios de acción y opciones en la política exterior”³⁸, siendo estos elementos cruciales en el análisis de los medios de la gran estrategia. Estos

36 LOBELL, S. E., RIPSAN, N. M., & TALIAFERRO, J. W., *Neoclassical Realism, the State, and Foreign Policy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009; ROSE, G., “Neoclassical Realism and Theories of Foreign Policy”, *World Politics*, vol. 51, núm. 1, pp. 144-172, 1998.

37 Véase, ZHANG, F., “Rethinking China’s Grand Strategy: Beijing’s Evolving National Interests and Strategic Ideas in the Reform Era”, *International Politics*, vol. 49, núm. 3, 2012, pp. 318-345, p. 322.

38 BLAVOUKOS, S., Bourantonis, D., Identifying parameters of foreign policy change: An eclectic approach. *Cooperation and Conflict*, vol. 49, núm. 4, 2014, pp. 483-500, p. 488, disponible en <https://doi.org/10.1177/0010836713517568>

factores comprenden: a) los cambios estructurales en la economía global y b) las fluctuaciones en la distribución global del poder. Segundo, los factores domésticos son aquellos elementos o fuerzas que se originan a nivel nacional como resultado de dinámicas internas, tales como el sistema de partido-estado, el tipo de régimen económico y el desarrollo socioeconómico de la sociedad china. Estos factores pueden entenderse como cambios que han ocurrido en el ámbito interno de China y categorizamos como: a) la preservación del régimen y legitimidad del PCCh, b) el agotamiento del modelo de desarrollo económico y c) la reestructuración de las élites. Debido al aumento de las condiciones internas favorables, estos factores han actuado como catalizadores³⁹ del ajuste de la gran estrategia de China, permitiendo aprovechar las oportunidades derivadas de los factores sistémicos, sobre todo bajo el liderazgo de Xi Jinping, al tiempo que llevaron a adoptar una política exterior más asertiva y el avance en la consecución de los fines de la gran estrategia.

Tal como fuera aseverado, este artículo emplea una metodología de investigación cualitativa, centrada en el análisis documental y la triangulación de fuentes primarias y secundarias. Así, la investigación sigue un enfoque metodológico de tres fases. En primer lugar, se realiza una amplia revisión de la literatura sobre la gran estrategia con el objetivo de alcanzar una definición operativa de ésta que nos permita identificar sus principios rectores y componentes centrales. Seguidamente, se ubican las lagunas o vacíos en la literatura especializada con la finalidad de desarrollar un marco analítico que al aplicarse arroje una visión integral del objeto de estudio. En base a esto, se desarrollan las categorías y subcategorías (factores sistémicos y domésticos) que componen nuestro marco analítico de síntesis y multinivel, para identificar y comprender los factores que impulsan el ajuste de la gran estrategia de China, en especial, con el ascenso de Xi Jinping al poder. En segundo lugar, se realiza una revisión adicional de la literatura orientada a sustanciar la parte empírica de la investigación, esto es, los datos que serán analizados bajo el prisma del marco analítico propuesto. El marco temporal para ambas fases comprende desde el año 2008 hasta la actualidad. No obstante, se enfatiza en los años 2008, 2013, 2014 y 2017, entendidos como puntos de inflexión en el ajuste y trayectoria de la gran estrategia de China. Es en 2008, cuando la crisis financiera actúa como detonante para el cambio de la percepción del liderazgo chino sobre la posición y papel de China en el sistema internacional. De la misma manera, 2008 marca el inicio de la transición entre el enfoque de política exterior de “mantener un perfil bajo” hacia el de “esforzarse por logros” el cual alcanza su máxima expresión bajo el liderazgo de Xi entre 2014 y 2017.

Las tres fases de implementación del enfoque metodológico se fundamentan en el uso de fuentes primarias y secundarias. De acuerdo con Swaine:

Se consideran como fuentes oficiales de la República Popular China (RPC) aquellas que “hablan en nombre del régimen” de manera explícita. Las declaraciones autorizadas incluyen, en orden descendente de autoridad, las declaraciones del gobierno de la RPC y del Partido Comunista Chino (PCCh), las del Ministerio de Asuntos Exteriores (MAE), las declaraciones de los portavoces del MAE y las sesiones informativas diarias del MAE.

39 A diferencia del realismo neoclásico, nuestro marco analítico concibe los factores domésticos como catalizadores, y no como “correas de transmisión” que transportan los efectos de la variable independiente (sistema internacional) a la variable dependiente (política exterior).

Existen muchos tipos de comentarios de bajo nivel y artículos firmados que aparecen en una amplia variedad de medios de comunicación de la RPC y Hong Kong, los cuales transmiten opiniones notables, pero decididamente no oficiales. Estos artículos aparecen en el servicio de noticias del gobierno de la RPC (Xinhua), en los periódicos del PCCh y del EPL, en el Global Times (环球时报) con sede en Hong Kong (propiedad del Diario del Pueblo), así como en muchos otros periódicos menores de la RPC y Hong Kong, y en publicaciones académicas⁴⁰.

Las fuentes primarias analizadas en este artículo son principalmente de carácter oficial e incluyen: a) declaraciones de altos funcionarios del gobierno y del PCCh, b) discursos de los “líderes supremos”⁴¹, c) libros blancos, d) declaraciones institucionales de portavoces del gobierno; e) otros documentos publicados por agencias gubernamentales chinas y f) comunicados de prensa emitidos por agencias de comunicación estatal. Por su parte, las fuentes secundarias incluyen: a) literatura especializada recogida en libros y artículos académicos, b) documentos de análisis político (*policy papers*) publicados por *Think Tanks*, c) artículos de prensa. El tipo de fuentes primarias a, b y d, permiten entender la narrativa del gobierno chino, y la articulación de los “intereses fundamentales”⁴² de Beijing, las percepciones y la visión del liderazgo chino sobre el papel de China en el orden internacional, así como el marco en el que se diseña y desarrolla la gran estrategia. En este sentido, son de relevancia los discursos de “líderes supremos” como Deng Xiaoping, Hu Jintao y Xi Jinping, así como de los altos funcionarios Wen Jiabao, Yang Jiechi, Wang Yi y Dai Bingguo. En lo que respecta al tipo c de las fuentes primarias, los libros blancos “El Camino hacia el Desarrollo Pacífico de China” de 2005, “Desarrollo Pacífico de China” de 2011, y “Defensa Nacional en la Nueva Era”, no solo son útiles para comprender el posicionamiento oficial de China respecto a su ascenso como potencia, sino, que establecen la arquitectura de su gran estrategia al plantear la valoración que hace el liderazgo Chino del entorno internacional, sus prioridades domésticas, sus intereses fundamentales (objetivos a largo plazo) y principios rectores de la política exterior (medios). Aunado a ello, el análisis de otros libros blancos como “Una comunidad global de futuro compartido: Propuestas y acciones de China” y el “Documento conceptual de la Iniciativa China de Seguridad Global” ambos de 2023, son clave para entender como China articula su visión de orden internacional y su intención inequívoca de liderarla. Por su parte, las fuentes secundarias permiten contextualizar a las fuentes primarias y según sea el caso, refuerzan la narrativa oficial, u ofrecen visiones críticas e independientes de la misma.

Los datos que sustentan la parte empírica de esta investigación han sido sometidos a un riguroso proceso de análisis que comprende: su codificación, categorización y triangulación. Así, las fuentes se han clasificado temáticamente para facilitar la identificación de patrones y tendencias en el discurso oficial y académico sobre la gran estrategia de China. El proceso de codificación permitió descomponer la información relevante en unidades más pequeñas, luego organizadas en categorías que reflejan los temas centrales de la investigación tales como

40 SWAINE, M., “Chinese Views of Foreign Policy in the 19th Party Congress”, *China Leadership Monitor*, núm. 55, 2018, disponible en <https://www.hoover.org/sites/default/files/research/docs/clm55-ms-final.pdf>

41 En pinyin, *zuìgāo lǐngdǎorén* 最高领导人. En inglés, *paramount leader*.

42 En pinyin, *hexin liyi* 核心利益. En inglés, *core interests*.

objetivos y medios de la gran estrategia, motivaciones, continuidad y cambio, estrategias de política exterior, percepciones del liderazgo chino, entre otros. Por último, la tercera fase implica la triangulación de los datos. Esta consiste en contrastar los datos analizados, lo que garantiza una mayor fiabilidad en la interpretación de los hallazgos y proporciona una visión más completa y matizada del fenómeno en estudio⁴³.

III. FACTORES DETERMINANTES DE LA GRAN ESTRATEGIA DE CHINA

Para explicar los factores que impulsan el ajuste de la gran estrategia china y las motivaciones subyacentes a este, es fundamental partir de las siguientes consideraciones. En primer lugar, no existe un único factor que pueda explicar por qué un estado cambia la dirección de su gran estrategia. La identificación de tal factor depende principalmente de la perspectiva teórica que se emplee y del marco temporal analizado. En segundo lugar, cada factor puede operar en diferentes niveles de análisis, ya sea a nivel individual, doméstico o sistémico, de manera que, tanto los cambios en el sistema internacional, como las circunstancias internas, o las preferencias de un actor específico pueden proporcionar explicaciones válidas. Así, bajo el prisma de nuestro marco analítico, la presente sección explica, por una parte, el ajuste de la gran estrategia tomando como puntos de inflexión los años 2008, 2013, 2014 y 2017. Es en 2008 cuando se observa el inicio del ajuste por parte de la cuarta generación del liderazgo chino encabezada por Hu Jintao y es en el año 2013 y 2014 con el ascenso de Xi Jinping al poder cuando este ajuste alcanza su máxima expresión. Esto se evidencia principalmente en el cambio del enfoque de política exterior de “mantener un perfil bajo” –imperante desde la era de Deng– al de “esforzarse por logros” de Xi Jinping y que prevalece hasta hoy día. Por la otra, se desarrolla el conjunto de factores identificados al analizar los cambios tanto a nivel sistémico como en los aspectos internos que, a nuestro juicio, guían y moldean la política exterior china. Aunque por razones metodológicas se han clasificado en categorías de factores sistémicos y domésticos, la evidencia empírica muestra que estos a menudo interactúan y se superponen, lo que refleja la interdependencia inherente entre ambos ámbitos, especialmente en el contexto de la política china.

1. Factores sistémicos

A) CAMBIOS ESTRUCTURALES EN LA ECONOMÍA GLOBAL

Hemos de considerar la crisis financiera mundial de 2008, como un evento que no solo alteró las dinámicas de la economía global, sino que también cambió la forma en que el liderazgo chino percibía la posición de Beijing dentro del sistema internacional. La explosión de la crisis de las hipotecas subprime en los Estados Unidos en 2007, seguida por la quiebra de Lehman Brothers en 2008, hundió la economía estadounidense en una profunda recesión que alcanzó

43 FLICK, U., “Triangulation in Qualitative Research”, en FLICK, U., VON KARDORFF, E., & STEINKE, I. (eds.), *A Companion to Qualitative Research*, SAGE Publications, 2004, 178-183.

una contracción del PIB del -2,5% en 2009⁴⁴. El impacto de esta contracción tuvo efectos adversos notables en la economía global, que experimentó una caída del PIB del -1,3% y sufrió la crisis de la deuda soberana en la zona euro en 2010⁴⁵. Debido a la reducción de la demanda externa, era lógico que China se viera afectada por la crisis económica global⁴⁶. Por ejemplo, la relación exportaciones-PIB pasó del 35,4% en 2007 al 24,4% en 2009, y la relación comercio-PIB cayó del 64,4% al 44,6%⁴⁷. Además, la Inversión Extranjera Directa (IED) neta de China también disminuyó de 121,68 mil millones de dólares en 2008 a 70,32 mil millones en 2009⁴⁸. Sin embargo, el gobierno logró gestionar los efectos colaterales de la crisis al adoptar un programa de estímulo estimado en 4 billones de yuanes, con el objetivo de expandir aún más la demanda interna y asegurar un crecimiento estable y rápido. Además, el gobierno chino combinó una política fiscal activa y una política monetaria flexible con reembolsos fiscales a las exportaciones, la relajación del control sobre los beneficios laborales y, lo más importante, la apreciación nominal del renminbi. Aunque hubo una desaceleración económica importante en comparación con el crecimiento alcanzado de 2007 (14,2%), China logró mantener unas tasas de crecimiento relativamente altas durante el pico de la crisis en 2008 y 2009 (9,6% y 9,2%, respectivamente), y la economía se recuperó en 2010, alcanzando una de las tasas de crecimiento económico más altas del mundo (10,4%), con lo que China desplazó a Japón como la segunda economía más grande del mundo⁴⁹.

Estos indicadores nos permiten contextualizar los cambios estructurales en la economía global y el ascenso económico de China, con el objetivo de comprender cómo estas fluctuaciones influyeron en el curso de su gran estrategia. En este sentido, la crisis financiera mundial actuó como un factor decisivo que moldeó la percepción en los decisores de la política exterior china sobre el equilibrio de poder mundial. Se percibía que el sistema financiero de los EE. UU. había colapsado, y con él, la preeminencia hegemónica de los EE. UU. comenzaba a cuestionarse. Como resultado, el gobierno chino emprendió un proceso de reevaluación de la distribución global del poder, con lo cual la crisis financiera de 2008 funcionó como un catalizador que fortaleció la confianza de China como actor internacional, llevó a sus elites a reconsiderar el

44 BANCO MUNDIAL, “Crecimiento del PIB (% anual) – United States”, 2024, disponible en https://datos.bancomundial.org/indicador/NY.GDP.MKTP.KD.ZG?locations=US&_gl=1*11vp0kp*_gcl_au*MTA4MDQ1NTI0My4xNzI2NjQ3NjQ1

45 BANCO MUNDIAL, “Crecimiento del PIB (% anual)”, 2024, disponible en https://datos.bancomundial.org/indicador/ny.gdp.mktp.kd.zg?_gl=1*k878oc*_gcl_au*MTA4MDQ1NTI0My4xNzI2NjQ3NjQ1

46 Como parte de la reforma, China adoptó un modelo económico basado en la inversión y orientado a las exportaciones, el cual sostuvo durante los últimos 30 años el milagro económico del país, pero que también hizo que la economía china dependiera excesivamente de las exportaciones.

47 BANCO MUNDIAL, “Comercio (% PIB) – China”, 2024, disponible en <https://data.worldbank.org/indicador/NE.TRD.GNFS.ZS?locations=CN>; BANCO MUNDIAL, “Exportaciones de bienes y servicios (% del PIB) – China”, 2024, disponible en <https://datos.bancomundial.org/indicador/NE.EXP.GNFS.ZS?locations=CN>

48 LI, L., WILLET, T., & ZHANG, N., “The Effects of the Global Financial Crisis on China’s Financial Market and Macroeconomy”, *Economics Research International*, vol. 2012, 2011, pp. 1-6.

49 NATIONAL BUREAU OF STATISTICS OF CHINA, “Statistical Communiqué of the People’s Republic of China on the 2012 National Economic and Social Development”, 2013, disponible en http://www.stats.gov.cn/english/NewsEvents/201302/t20130222_26962.html

rol del país en el escenario internacional y preparó el terreno para un ajuste gradual entre las estrategias de política exterior de “mantener un perfil bajo” y “esforzarse por logros”.

En este contexto, el ajuste de la gran estrategia, que alcanza su punto álgido entre 2013 y 2014, estuvo profundamente influenciada por las dinámicas y las incertidumbres de la economía global. Durante este periodo, China atravesaba una sucesión ordenada de poder, con una nueva élite encabezada por Xi Jinping, un líder con una visión clara y firme determinación respecto al camino ascendente que debía seguir el país. De acuerdo con Cox y Sinclair, la economía global es “el sistema generado por la globalización de la producción y las finanzas globales. La producción global es capaz de hacer uso de las divisiones territoriales de la economía internacional” provocando un impacto estructural en los gobiernos nacionales, en un proceso que se denomina “internacionalización del Estado”, esto es, la transformación de los Estados “en una agencia para ajustar las prácticas y políticas económicas nacionales a las exigencias percibidas de la economía global. El Estado se convierte en una correa de transmisión de la economía global a la nacional”⁵⁰. A la luz de esta reflexión, vemos como desde 2014 la economía china entra en una nueva fase denominada la “Nueva Normalidad”⁵¹ centrada en lograr un crecimiento, incluso si eso implica conseguirlo a un ritmo menos acelerado⁵².

De acuerdo con Jiang Zhida, investigador asociado en el Instituto Chino de Estudios Internacionales (CIIS), desde la crisis financiera, la economía mundial sigue en un período de recesión y ajuste entre ciclos de crecimiento y caída. Debido a esto, China debe superar su problema de exceso de capacidad y mejorar su economía en términos de ajuste estructural, transformación y actualización. Por lo tanto, para que China aproveche el “período de oportunidad estratégica”⁵³ y avance en la reestructuración de su economía, debe centrarse en construir infraestructura, promover la innovación tecnológica y la modernización industrial. Según él, “el período de oportunidad estratégica de China se está desvaneciendo” y el país debe realizar las transformaciones económicas necesarias para enfrentar un entorno externo mucho más complicado que en años anteriores⁵⁴. Por tanto, se puede afirmar que la solución a las incertidumbres que dejó la crisis económica mundial y los consiguientes ajustes estructurales en la economía china, pueden considerarse como factores claves del ajuste de la gran estrategia china. Mantener el crecimiento económico y el desarrollo social constituye uno de los objetivos estratégicos a largo plazo de la gran estrategia. Así, para su consecución, desde 2013 el liderazgo chino ha tenido que tomar decisiones audaces para asegurar la continuidad del crecimiento económico

50 COX, R. y SINCLAIR, T., *Global Perestroika (1992)*, en COX, R. y SINCLAIR, T. (eds.), *Approaches to World Order*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, pp. 296-314, p. 301.

51 En pinyin, *xin changtai* 新常态. En inglés, *new normal*.

52 Con la “Nueva Normalidad” la economía pasa de un crecimiento rápido a uno de velocidad media a alta. La estructura económica se mejora y actualiza constantemente y la economía se impulsa cada vez más por la innovación que los por insumos e inversión.

53 Xu Jian, analista de investigación del CIIS, explicó en su artículo “Rethinking China’s Period of Strategic Opportunity”, publicado en 2014, que “el llamado ‘periodo de oportunidad estratégica’ se refiere al período de tiempo durante el cual se espera que la fuerza nacional integral, la competitividad internacional y la influencia de un país aumenten de manera consistente como resultado de factores subjetivos y objetivos favorables”.

54 Entrevista realizada por la autora en Beijing el 2 de julio de 2018.

de China, pero también para esperar el momento oportuno para asumir un papel más activo en la construcción del camino de China hacia el liderazgo global.

B) FLUCTUACIONES EN LA DISTRIBUCIÓN GLOBAL DEL PODER

Este factor incluye las fluctuaciones en la distribución global del poder tras la crisis financiera mundial de 2008. Según esta perspectiva, el ascenso de China como una potencia emergente y el relativo declive de potencias establecidas como Estados Unidos y Japón provocaron una reconfiguración de la estructura internacional y de las dinámicas de poder global. Por lo tanto, es pertinente considerar no solo el debilitamiento de la hegemonía de EE. UU. a nivel mundial, particularmente, en aquellas regiones de mayor interés para China (es decir, su periferia), sino también el cambio en la posición relativa de China y su crecimiento en términos de poder estructural. Como ha señalado Goldstein, “si las capacidades relativas de China aumentaran drásticamente, o si Pekín concluyera que los actores más capaces del sistema carecían del interés o la determinación para resistir las iniciativas chinas (...) China podría entonces cambiar a una estrategia que intentara de manera más asertiva reformular el sistema internacional según sus propias preferencias”⁵⁵. Así, un cambio en la posición de un estado en el equilibrio de poder global “moldea fuertemente” su comportamiento externo⁵⁶. Por lo tanto, los cambios en el poder afectarán lógicamente el curso de la política exterior y la gran estrategia de una nación. Una de las formas en que esto ocurre es cuando las estructuras de toma de decisiones evalúan los cambios en el entorno internacional como riesgos u oportunidades, lo que, a su vez, genera una situación positiva o negativa que puede inducir cambios en la política exterior. Por lo tanto, los cambios en el poder afectarán lógicamente el curso de la gran estrategia de una nación. Una de las formas en que esto ocurre, es cuando las estructuras decisoras evalúan los cambios en el entorno internacional como riesgos u oportunidades, lo que, a su vez, genera una situación positiva o negativa que puede inducir a cambios en la política exterior.

Para entender este mecanismo, utilizamos, en primer lugar, la distinción analítica que hace Kuik entre “oportunidades sistémicas” y “presiones sistémicas”. Se trata de factores estructurales “inducidos por un cambio en las condiciones estructurales, que impulsan a un actor a tomar medidas destinadas a mejorar su posición relativa y su seguridad en relación con otros actores”⁵⁷. Kuik también introduce la noción de “resolución geopolítica” y la define como la determinación de ejercer un papel proactivo para ampliar el espacio geoestratégico de un país. Al asignar la resolución geopolítica entre los principales actores del sistema internacional, es posible incluir no solo las presiones, sino también las oportunidades derivadas de la distribución cambiante del poder. Este artículo busca complementar el enfoque de Kuik de dos

55 GOLDSTEIN, A., *Rising to the Challenge: China's Grand Strategy and International Security*, Stanford, CA, Stanford University Press, 2005, p. 199.

56 MEARSHEIMER, J., *The Tragedy of Great Power Politics*, Nueva York, NY, W.W. Norton & Company, 2001, p. 10.

57 KUIK, C., “Explaining the Contradictions in China's South Sea Policy”, *China: An International Journal*, vol. 15, núm. 1, 2017, pp. 163-186, p. 167.

maneras. En primer lugar, considerando que, dentro de la estructura de toma de decisiones, la percepción de una oportunidad ocurre cuando los cambios estructurales son vistos por los responsables como un vacío de poder o una ventana de oportunidad para emprender los cambios de política deseados. Por su parte, una percepción de riesgo tendrá lugar cuando los responsables perciban los cambios estructurales, resultantes de un cambio en la resolución geopolítica de un actor, como una amenaza o desafío para alcanzar el objetivo estratégico a largo plazo de un Estado. En segundo lugar, consideramos que un cambio en la distribución del poder también puede ocurrir en términos de poder estructural. Es decir, que un actor tenga el poder “para decidir cómo deben hacerse las cosas, el poder para dar forma a los marcos dentro de los cuales los Estados se relacionan entre sí”⁵⁸. En este sentido, los cambios estructurales en la economía global y su conexión con las fluctuaciones en la distribución global del poder pueden verse como perspectivas complementarias. Por lo tanto, al aprovechar las oportunidades sistémicas, China busca aumentar su poder estructural. Una forma de lograr esto es mediante la transformación de las instituciones internacionales⁵⁹.

a) Percepción de oportunidad

Como sostiene Nye, “los chinos creen que la recesión de 2008 representó un cambio en el equilibrio del poder mundial y que China debería ser menos deferente con unos Estados Unidos en decadencia”. Además, el autor también afirmó que esta “evaluación excesivamente confiada del poder ha contribuido a una política exterior china más asertiva en los últimos dos años”⁶⁰. Por ello, sopesar la distribución del poder a nivel sistémico ha de considerarse un factor fundamental en la toma de decisiones de política exterior de China. Siguiendo esta lógica, la valoración que hizo Pekín de la estructura global del poder dio lugar a la percepción de que Estados Unidos estaba entrando en una fase de aparente declive de su poder. China vio esta situación como una oportunidad para reevaluar su papel en una nueva estructura internacional, más orientada a un sistema multipolar y menos impulsada por la hegemonía unilateral de Estados Unidos. Esa percepción también se vio alimentada por un sentimiento de triunfalismo que reinó entre el gobierno y el pueblo chino después de los Juegos Olímpicos de 2008. Por un lado, la percepción de China de que el país estaba creciendo en poder e influencia frente a la disminución de la influencia de Estados Unidos en el Este de Asia y dando lugar a que Pekín avanzara en pro de sus intereses, “reforzó los sentimientos existentes de triunfalismo chino y generó un exceso de confianza”⁶¹. Por otro lado, la exitosa celebración de los Juegos Olímpicos “pareció indicar al pueblo chino que su país finalmente había “llegado” allí como una gran potencia. En consecuencia, China debería adoptar un perfil más alto en las cuestiones

58 STRANGE, S., *State and Markets*, Londres, Printer Publishers, 1988, p. 45.

59 Si bien China se ha articulado en el orden económico internacional liberal a través de su participación y adhesión a las normas de las principales instituciones multilaterales, también es cierto que Beijing ha exigido una reforma de las estructuras de gobernanza global y, frente a la resistencia de algunas potencias occidentales, ha tomado la iniciativa de crear nuevas instituciones como el Nuevo Banco de Desarrollo (NBD) y el Banco Asiático de Inversión en Infraestructura (BAII).

60 NYE, J. Jr., “A Shift in Perceptions of Power”, *Los Angeles Times*, 6/04/2011, disponible en <https://www.latimes.com/opinion/la-oe-nye-china-20110406-story.html>

61 SCOBELL, A. & HAROLD, S., *An “Assertive” China? Insights from Interviews*, *Asian Security*, vol. 9, núm. 2, 2013, pp. 111-131, p. 115.

que importan”⁶². Estas percepciones, junto con el crecimiento económico de China durante 2008-2009 y el repunte de la economía nacional en 2010, desataron un nivel de confianza sin precedentes entre las élites chinas que alentó a Pekín a dejar de ser un espectador del escenario internacional y adoptar un papel más participativo en él mediante la aplicación de una política exterior proactiva. Este último punto marcó el inicio del ajuste entre las estrategias de política exterior de Hu Jintao y Xi Jinping de “mantener un perfil bajo” a “esforzarse por logros”.

El vicepresidente del Instituto de Relaciones Internacionales Contemporáneas de China (CI-CIR), Fu Mengzi, afirmó en un artículo publicado en *The Global Times* que “la crisis financiera mundial ofrece a los líderes mundiales la oportunidad de cambiar los órdenes políticos y económicos mundiales de décadas. Pero un nuevo orden no puede establecerse hasta que se implemente un mecanismo multilateral efectivo para supervisar la globalización y las acciones de los países”. Tal afirmación está vinculada a la comprensión de China sobre el orden internacional en la era posterior a la Guerra Fría. La percepción es que la estructura internacional, caracterizada por la condición de “una superpotencia, muchas grandes potencias”, refiriéndose a la brecha de poder entre los EE. UU. y las llamadas potencias emergentes, limitaba el ascenso de China. Sin embargo, tras la crisis global de 2008, China vio: a) una oportunidad para llenar el vacío de poder creado por el declive relativo de EE. UU., y b) una oportunidad para promover la “multipolaridad”.

A nivel del liderazgo chino, también podemos encontrar una muestra de la creciente confianza y determinación de China durante este periodo. El consejero de estado chino Dai Bingguo durante una reunión de alto nivel entre Estados Unidos y China celebrada en 2009, hizo la primera referencia pública a los “intereses fundamentales” del país al decir que “el principal interés fundamental de China es mantener su sistema básico y la seguridad del Estado; el siguiente es la soberanía estatal y la integridad territorial; y, en tercer lugar, el desarrollo estable y continuo de la economía y la sociedad”⁶³. Además, en noviembre de 2011, los intereses fundamentales de China se establecieron como política mediante su inclusión en el segundo Libro Blanco sobre “El desarrollo pacífico de China”, en el que el interés central de la reunificación nacional se agregó a los enunciados por Dai Bingguo. Así, bajo la lógica de la defensa estos intereses, China se opuso a la venta de armas de EE. UU. a Taiwán⁶⁴; criticó la reunión del presidente Obama con el Dalai Lama en 2010⁶⁵ y afirmó las reivindicaciones territoriales marítimas sobre el Mar de China Meridional.

b) Percepción de riesgo

El 8 de marzo de 2009, se produjo un incidente naval en el Mar de China Meridional entre buques chinos y el navío estadounidense *Impeccable*. El gobierno y los medios de comuni-

62 Ibid., p. 112

63 CHINA DIGITAL TIMES, “Dai Bingguo (戴秉国): The Core Interests of the People’s Republic of China”, 7/8/2009 2, disponible en <https://chinadigitaltimes.net/2009/08/dai-bingguo-戴秉国-the-core-interests-of-the-prc/>

64 CHINA DAILY, “China opposes US arms sales to Taiwan”, 27/09/2011, disponible en http://www.china-daily.com.cn/china///2011-09/27/content_13796814.htm

65 CHINA DAILY, “China voices strong objection to Obama-Dalai meeting”, 17/07/2011, disponible en https://usa.chinadaily.com.cn/china/2011-07/17/content_12917756.htm

cación de Estados Unidos presentaron el incidente como una acción en la que “las embarcaciones chinas acosaron y maniobraron agresivamente en una proximidad peligrosa al USNS *Impeccable*, en un aparente esfuerzo coordinado para hostigar al barco de vigilancia oceánica estadounidense”⁶⁶. Mientras tanto, el entonces portavoz del Ministerio de Relaciones Exteriores de China, Ma Zhaoxu, declaró que “las afirmaciones de Estados Unidos contravienen los hechos, confunden lo negro con lo blanco y son totalmente inaceptables para China”. Además, refiriéndose al incidente, el Centro de Información de Internet de China⁶⁷ publicó un artículo titulado “El *Impeccable* es un barco espía estadounidense” en el que añade: “Estados Unidos debe aceptar el hecho de que China está creciendo. Como dijo el Dr. Henry Kissinger, ‘A lo largo de la historia, cuando un país se fortalece, la antigua superpotencia se siente incómoda. Pero el ascenso de China es inevitable. No hay nada que se pueda hacer para evitarlo’”⁶⁸. Más tarde, en 2010, el ministro de Relaciones Exteriores de China, Yang Jiechi, abordó el tema del Mar de China Meridional en el Foro Regional de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático, advirtiendo a los estados de la región que se mantuvieran al margen en la gestión de las disputas territoriales que involucraban a China. Dos aspectos de las declaraciones de Yang son notables. Primero, dijo que “China y algunas naciones de la ASEAN tienen disputas territoriales y de derechos marítimos porque somos vecinos. Y esas disputas no deben considerarse como conflictos entre China y la ASEAN en su conjunto solo porque los países involucrados son miembros de la ASEAN”⁶⁹. Segundo, afirmó que “China es un país grande y otros países son países pequeños, y eso es un hecho”⁷⁰.

Tales declaraciones muestran un cambio en el curso de la política exterior de China y su narrativa, y también una reacción de China a lo que se considera una amenaza a sus “intereses fundamentales” en materia de territorio y soberanía. Según Christensen, algunos observadores han concluido que “China se ha vuelto más asertiva, revisando su gran estrategia para reflejar su propio ascenso y el declive de Estados Unidos desde la crisis financiera”. A lo que añade que “la nueva postura más beligerante de Beijing se basa en una percepción exagerada del ascenso de China en el poder global y una seria inseguridad política interna”. Por lo tanto, “los responsables políticos chinos son hipersensibles a las críticas nacionalistas en el país y más rígidos —a veces incluso arrogantes— en respuesta a los desafíos percibidos en el extranjero”⁷¹. Desde nuestra perspectiva, la adopción de una política exterior más firme por parte de Beijing

66 THE NEW YORK TIMES, “U.S. Accuses the Chinese of Harassing Naval Vessel”, 9/03/2009, disponible en <https://www.nytimes.com/2009/03/09/world/asia/09iht-ship.3.20710715.html>.

67 El Centro de Información de Internet de China es un portal informativo en línea de carácter gubernamental bajo la administración de la Oficina de Información del Consejo de Estado. Su dominio web es <http://www.china.org.cn/>

68 CHINA INTERNET INFORMATION CENTER, *The Impeccable is a US Spy Ship*, 12/03/ 2009, disponible en http://www.china.org.cn/international/2009-03/12/content_17431423.htm

69 CHINA DAILY, “Foreign Minister Warns of South China Sea Issue”, 26/07/2010, disponible en http://www.chinadaily.com.cn/china/2010-07/26/content_11046544.htm

70 POMFRET, J., “U.S. Takes a Tougher Tone with China”, *The Washington Post*, 30/07/2010, disponible en <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2010/07/29/AR2010072906416.html>

71 CHRISTENSEN, T. J., “The Advantages of an Assertive China: Responding to Beijing’s Abrasive Diplomacy”, Brookings Institution, 2011, disponible en <https://www.brookings.edu/articles/the-advantages-of-an-assertive-china-responding-to-beijings-abrasive-diplomacy/>

respondió en gran medida a una percepción de riesgo o amenaza a sus intereses fundamentales, pero estuvo acompañada de un creciente sentido de confianza y determinación por parte de Beijing para escalar su posición de poder dentro del sistema internacional.

Seguidamente, la percepción de riesgo por parte de China, así como el temor a la contención, aumentaron tras la estrategia de Asia-Pacífico de Estados Unidos, impulsada durante la administración del presidente Barack Obama en 2011. Tras destacar la relevancia geoestratégica de Asia y el Pacífico, Obama afirmó que había tomado “una decisión deliberada y estratégica —como nación del Pacífico— de que Estados Unidos jugará un papel más grande y a largo plazo en la configuración de esta región y su futuro, defendiendo principios fundamentales y en estrecha colaboración con nuestros aliados y amigos”⁷². Sobre la base de estas declaraciones, es posible argumentar que el giro asertivo de China en política exterior y el ajuste de su gran estrategia, fueron impulsados por la percepción de riesgo luego de la reanudación de la implicación de Estados Unidos con la región Asia-Pacífico. En este sentido, es posible afirmar que la sensación de inseguridad y el temor a la contención jugaron un papel clave en la determinación de la política exterior de China y sus estrategias. Basados en entrevistas con analistas de Beijing y Shanghái, Scobell y Harold reportaron que China vio “a Estados Unidos fortaleciendo su postura militar y diplomática en el Asia-Pacífico, algo que percibieron como una amenaza que desencadenó una respuesta de inseguridad reactiva dirigida a contrarrestar dicha amenaza”⁷³. Concluyen además que “la segunda ola de asertividad de China parece explicarse mejor por una inseguridad reactiva (...) Beijing estaba respondiendo a lo que la mayoría de los funcionarios y analistas chinos consideraban una ola de asertividad de Estados Unidos hacia China”⁷⁴.

2. Factores domésticos

A) PRESERVACIÓN DEL RÉGIMEN Y LA LEGITIMIDAD DEL PCCh

Si bien la implementación del programa de estímulo económico de 2008 logró mitigar los efectos derivados de la disminución de la demanda externa de exportaciones chinas y fomentar el crecimiento económico, también generó tensiones macroeconómicas que revelaron las limitaciones estructurales del modelo. Naughton destaca, que, aunque el programa de estímulo fue clave para la recuperación y fue considerado un éxito por el liderazgo chino, debilitó la independencia financiera de los bancos y las empresas, y comprometió a China con un extenso y costoso esquema de inversión en infraestructuras, controlado principalmente por las autoridades locales⁷⁵. En consecuencia, la dirigencia china tuvo que enfrentar varios desafíos como

72 THE WHITE HOUSE OFFICE OF THE PRESS SECRETARY, “Remarks by President Obama to the Australian Parliament”, 17/11/2011, disponible en <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2011/11/17/remarks-president-obama-australian-parliament>

73 SCOBELL, A., HAROLD, S., op. cit., p. 119.

74 Ibid., p. 127.

75 NAUGHTON, B., “Reading the NPC: Post-crisis Economic Dilemmas of the Chinese Leadership”, *China Leadership Monitor*, núm. 32, 2010, pp. 1-10, p. 2 disponible en <https://www.hoover.org/sites/default/files/research/docs/CLM32BN.pdf>

el aumento del desempleo y la inflación, la acumulación de préstamos bancarios morosos, o el creciente desequilibrio de la economía. Estos problemas no solo tensionaron la economía, sino que también representaron una amenaza significativa para la legitimidad de ejercicio del gobierno, cuya estabilidad y control político dependen en gran medida de la capacidad de asegurar el bienestar económico de la población. El concepto del “cuenco de arroz de hierro” que simboliza la seguridad y el empleo de por vida, ilustra la importancia del crecimiento económico y del desarrollo social para asegurar la legitimidad del Partido ante sus 1.300 millones de ciudadanos. Esta relación entre la estabilidad económica y la legitimidad del PCCh es fundamental para la preservación del régimen.

Por su parte, la línea difusa que separa las funciones del Partido, del estado y del gobierno en China, hace que la preservación del régimen esté estrechamente vinculada al control del país por parte del PCCh. En este sentido, el crecimiento económico es tanto un objetivo intrínseco como un mecanismo clave a través del cual el Partido mantiene su control y poder. De ahí que el “crecimiento económico haya llegado a remplazar a la ideología comunista como la principal dinámica legitimadora que sustenta la credibilidad popular del PCCh”⁷⁶. Así, la cuestión del desempleo, sumada a otras disrupciones socioeconómicas derivadas de la crisis, fungieron como caldo de cultivo para el malestar social, y a largo plazo, se convirtieron en una fuente de conflicto que amenazó la estabilidad política. En efecto, datos proporcionados por el Ministerio de Recursos Humanos y Seguridad Social de China reportaron tasas de desempleo urbano del 4,2% en 2008 y del 4,3% en 2009⁷⁷. Aunado a ello, otras fuentes, como el Anuario Azul sobre la Sociedad de China, publicado por la Academia China de Ciencias Sociales, estimaron tasas de desempleo mucho más altas, del 9,4 % en 2008 y hasta del 14,2 % en 2009. Para el mismo año, alrededor de 30 millones de trabajadores migrantes rurales y unos 9 millones de graduados universitarios se encontraban desempleados, exacerbando así el potencial de inestabilidad urbana. Un estudio realizado por Cai y Chan, afirma que el cierre de grandes fábricas trajo consigo miles de despidos sin pago de indemnización ni de los retrasos salariales, aumentando a 960.000 la cifra de conflictos laborales y la celebración de protestas masivas.

La dirigencia china consciente de que la estabilidad económica es un factor clave para la preservación del régimen abordó en distintas ocasiones el problema del desempleo y su estrecho vínculo con la estabilidad social. El entonces primer ministro Wen Jiabao, en su informe de 2009 en la Tercera Sesión de la XI Asamblea Popular Nacional reconoció que la economía china “se vio gravemente afectada” por la crisis financiera mundial, y que el aumento del desempleo, junto con la caída de las exportaciones, ralentizó el crecimiento económico”⁷⁸. Después de emitir este informe, Wen celebró una conferencia de prensa en la que un periodista señaló el aumento en la emisión de préstamos y los precios de la vivienda como signos de un posible sobrecalentamiento de la economía. A esto el primer ministro respondió: “has planteado una

76 NORRIS, W., *Chinese Economic Statecraft: Commercial Actors, Grand Strategy and State Control*, Ithaca, NY, Cornell University Press, 2016, p. 55.

77 CHINA DAILY, “China’s Unemployment Rate Climbs”, 21/01/2009”, disponible en http://www.chinadaily.com.cn/business/2009-01/21/content_7416242.htm

78 CHINA DAILY, “Full Text: Report on the Work of the Government”, 15/03/2010, disponible en http://www.chinadaily.com.cn/china/2010npc/201003/15/content_9593380.htm

cuestión que también me preocupa. Una vez dije que la inflación, si ocurre, junto con una distribución injusta de ingresos y la corrupción, afectará nuestra estabilidad social e incluso la estabilidad del poder estatal⁷⁹. A nivel internacional la narrativa fue un tanto diferente. Se mostraba a una China fuerte gracias a la exitosa implementación del programa de estímulo, al tiempo que destacaba la contribución del crecimiento económico de China a la recuperación de la economía mundial. En la Tercera Cumbre Financiera del G20 en 2009, el presidente chino Hu Jintao destacó que las medidas implementadas para estimular la demanda interna y ajustar la estructura económica resultaron en un crecimiento del PIB del 7,1% durante el primer semestre del año, pese a la gran disminución de la demanda externa. Además, subrayó que el crecimiento económico de China contribuyó a la recuperación económica global⁸⁰.

La inflación y las burbujas especulativas, especialmente en el sector inmobiliario se convirtieron en preocupaciones adicionales para el liderazgo chino. Las políticas de préstamos relajadas del programa de estímulo resultaron en un auge crediticio que alimentó la especulación y elevó los precios de los activos. En enero de 2009, se estableció un récord de préstamos, alcanzando los 1,62 billones de yuanes, el doble del nivel mensual más alto en la historia de China. Más tarde, al final del primer trimestre de ese año, los nuevos préstamos alcanzaron los 4,59 billones de yuanes, que eran casi equivalentes al total de nuevos préstamos alcanzados en 2008⁸¹. De este modo, la expansión del crédito migró hacia los mercados bursátiles e inmobiliarios, contribuyendo a expandir la especulación y dando lugar a una burbuja de activos. Además, el índice de precios al consumidor (IPC) de China —considerado el principal indicador de la inflación— también aumentó. En 2008 alcanzó el 5,9%, la cifra más alta experimentada desde 1999, en 2009 el IPC cayó un 0,7% respecto a 2008, y en 2010 subió un 3,3% respecto a 2009⁸².

Los efectos de estas tensiones económicas sobre la sociedad china se reflejaron en serie de incidentes ocurridos en el país durante estos años. Tal como afirma Florence, fuentes no oficiales estimaron que:

En 2008 se produjeron más de 120.000 “incidentes de masas” a nivel nacional, lo que supondría un aumento del 70% en comparación con 2008. Para el año 2009 el académico chino Yu Jianrong estimó que hubo alrededor de 90.000 incidentes de este tipo, de los cuales se calcula que un tercio estaban relacionados con temas laborales⁸³.

79 CHINA INTERNET INFORMATION CENTER, “Premier Wen Jiabao Meets the Press”, 12/03/2010, disponible en http://www.china.org.cn/report/2010-04/12/content_19792192.htm.

80 PERMANENT MISSION OF THE PEOPLE’S REPUBLIC OF CHINA TO THE UN, “Remarks by President Hu Jintao at the Third G20 Financial Summit”, 28/09/2009, disponible en http://un.china-mission.gov.cn/eng/zt/hu2009summit/200909/t20090928_8413727.htm

81 ZHANG, Z., LI, W., y SHI, N., “Handling the Global Financial Crisis: Chinese Strategy and Policy Response”, *SSRN Electronic Journal*, 2009, pp. 1-44, disponible en <https://doi.org/10.2139/ssrn.1377049>

82 CHINA DAILY, “Backgrounder: China’s CPI since 1978”, 27 de febrero de 2010, disponible en http://www.chinadaily.com.cn/business/2010-02/27/content_9514133.htm.

83 FLORENCE, E., “The Recent Labour Unrest in China and the Politics of Handling Collective Mobilization by the Party-state”, en BROWN, K. (ed.), *The EU-China Relationship: European Perspectives*, Londres, Reino Unido, The New Imperial Press, 2014, pp. 441-451, p. 443

Estos conflictos, derivados de agravios económicos o sociales, fueron percibidos por la dirigencia china como una posible fuente de inestabilidad social y política, así como una amenaza a la legitimidad del Partido. De ahí que el presidente Hu Jintao durante su informe en el XVIII Congreso Nacional del PCCh en 2012, hiciera del desempleo y la inflación su “máxima prioridad”, y afirmase que “debemos hacer de la mejora de la vida del pueblo el eje que vincule la reforma, el desarrollo y la estabilidad y asegurarnos de que las personas estén satisfechas con sus vidas y empleos”⁸⁴.

En este contexto, la preservación del régimen y legitimidad del Partido se han convertido en un objetivo crucial para la quinta generación de liderazgo chino. Por una parte, la disminución del crecimiento del PIB desde el 2012 pone en riesgo la consecución de los “Dos Objetivos Centenarios”⁸⁵ y la “gran revitalización nacional de China”, objetivos centrales en la política de Xi Jinping. Así, la posibilidad de una desaceleración económica y el incumplimiento de las expectativas que el ascenso de China ha generado dentro de la población, han impulsado a Xi a intensificar las narrativas nacionalistas más que sus predecesores. La constante invocación del “Sueño Chino” en sus discursos y la ampliación del concepto de revitalización nacional reflejan un conjunto de aspiraciones nacionalistas cada vez más fuertes, que han servido para consolidar la legitimidad del régimen. Sin embargo, como afirman Stenslei y Chang este enfoque puede tener un costo elevado si no se cumplen las expectativas:

Al enfatizar la revitalización nacional, Xi se diferencia significativamente de sus predecesores, Jiang Zemin y Hu Jintao, quienes evitaron cuidadosamente apelar al sentimiento nacionalista del pueblo chino. El nacionalismo, es sin duda, la ideología más influyente entre los chinos de hoy en día, pero apelar a ella es un arma de doble filo: si los nacionalistas perciben que el gobierno no protege los intereses nacionales, podrían volverse en contra de sus líderes⁸⁶.

La vinculación de la legitimidad del PCCh al desarrollo económico y al nacionalismo constituye un factor clave para comprender el ajuste de la gran estrategia y el giro hacia una política exterior más asertiva. A medida que crecen las expectativas nacionalistas y las aspiraciones del pueblo chino, el Partido y su dirigencia se ven obligados a proyectar una imagen de firmeza y liderazgo, no solo en el ámbito doméstico, sino también en el escenario internacional. De esta manera, la política exterior se ha convertido en una herramienta clave para consolidar la percepción interna de fortaleza y control, mostrando a China como una potencia capaz de defender sus intereses y cumplir con las promesas de prosperidad y revitalización nacional. Este enfoque refuerza la legitimidad del régimen y asegura el respaldo popular, especialmente en momentos en que las presiones internas, económicas y sociales, amenazan con desestabilizar el orden establecido.

84 CHINA DAILY, “Full Text of Hu’s Report at 18th Party Congress”, 18/11/2012, disponible en http://www.chinadaily.com.cn/china/19thpcnationalcongress/2012-11/18/content_29578562_5.htm.

85 En pinyin, *liǎng gè yībǎi nián* 两个一百年. En inglés, *two centenaries*.

86 STENSLIE, S. & CHANG, C., “Xi Jinping’s Grand Strategy: From Vision to Implementation”, en ROSS, R. & BEKKEVOLD, J. (eds.), *China in the Era of Xi Jinping: Domestic and Foreign Policy Challenges*, Washington, DC, Georgetown University Press, 2016, pp. 65-73.

B) AGOTAMIENTO DEL MODELO DE DESARROLLO ECONÓMICO

La crisis financiera mundial de 2008 no solo abrió una ventana de oportunidad para impulsar el ascenso de China como potencia emergente, sino que también expuso las limitaciones estructurales del modelo de desarrollo económico adoptado a inicios de la reforma. A través de la implementación de la economía socialista de mercado, China se benefició de una fuerte inversión estatal, mano de obra abundante y barata, y del acceso a bastos recursos naturales para fomentar su crecimiento. No obstante, la crisis y la implementación del programa de estímulo evidenciaron los primeros signos de agotamiento de este modelo. La crisis financiera provocó una disminución significativa en la demanda externa de exportaciones chinas, lo que el gobierno contrarrestó mediante inversión pública en los sectores inmobiliario, de infraestructura y transporte. Esta inversión fue financiada en gran medida por la deuda interna y mecanismos informales como el sistema de banca en la sombra. Esto, si bien logró compensar temporalmente la caída de la demanda externa, incrementó la carga financiera del país pues la deuda total de China creció de 3 mil millones de dólares en 2006 a 34 mil millones en 2016, mientras que la deuda per cápita incrementó de 522 a 1.298 dólares entre 2008 y 2012, con una tasa de crecimiento anual del 25,5%. El resultado fue un crecimiento sostenido a corto plazo⁸⁷, pero con crecientes desequilibrios macroeconómicos que pusieron de manifiesto la necesidad de una reestructuración profunda del modelo económico.

El gobierno, consciente de las limitaciones del modelo centrado en la inversión y las exportaciones, reconoció la necesidad de reorientar su estrategia económica. En 2011, el segundo Libro Blanco sobre el “Desarrollo Pacífico de China”, estableció como máxima prioridad “acelerar el cambio del modelo de crecimiento” para lograr el desarrollo pacífico. Para ello, se hizo hincapié en la necesidad de diversificar las fuentes de crecimiento económico, promoviendo el consumo interno y equilibrando las fuerzas de los sectores primario, secundario y terciario de la economía⁸⁸. Así mismo, el informe del presidente Hu Jintao ante el XVIII Congreso Nacional del PCCh destacó la necesidad de “acelerar la mejora de la economía socialista de mercado y el cambio del modelo de crecimiento” como una “elección estratégica (...) hecha para promover el desarrollo integral de China (...) como la tarea vital para la renovación nacional”⁸⁹. Esta nueva orientación fue reforzada en 2013 por la quinta generación de liderazgo chino, que en la Tercera Sesión Plenaria del XVIII Comité Central del PCCh adopta la decisión de reequilibrar la economía china mediante una mayor apertura y el fortalecimiento del rol del mercado en la economía del país. A tal efecto la plenaria se comprometió a “profundizar la reforma del sistema económico centrando la atención en el papel decisivo del mercado en la asignación de recursos, mantener y mejorar el sistema económico básico, y acelerar la mejora del sistema moderno de mercado, el sistema de control macroeconómico y

87 Este aumento tanto en la deuda pública como en la privada fue un factor clave que permitió a China mantener su crecimiento del PIB durante el período 2009-2012, compensando la desaceleración de la demanda externa y sosteniendo su modelo de inversión interna.

88 THE STATE COUNCIL THE PEOPLE’S REPUBLIC OF CHINA, “China’s Peaceful Development”, 2011, disponible en https://english.www.gov.cn/archive/white_paper/2014/09/09/content_281474986284646.htm

89 CHINA DAILY, “Full Text of Hu’s Report at 18th Party Congress”, op.cit.

el sistema económico abierto”⁹⁰. Además, la reforma del sistema económico fue considerada por el PCCh como el eje central de la fase de “profundización integral de la reforma”. Por ello, los dirigentes destacaron que “la cuestión subyacente es cómo lograr un equilibrio entre el papel del gobierno y del mercado, y dejar que el mercado desempeñe el papel decisivo en la asignación de recursos y que el gobierno desempeñe mejor sus funciones”⁹¹. La decisión también fomenta la apertura de las zonas interiores y fronterizas de China, mediante la construcción de conexiones de infraestructura y nuevas rutas de transporte entre el país y sus regiones vecinas, lo que contribuirá a la expansión de las empresas chinas en el extranjero y a alentar la inversión de empresas extranjeras en China.

Lo anteriormente expuesto, permite aseverar que el ajuste de la gran estrategia de China y el giro asertivo de su política exterior han sido impulsados tanto por el agotamiento del modelo de desarrollo económico como por la necesidad de apoyar la profundización de la reforma. En otras palabras, el giro asertivo en la política exterior de China responde, por un lado, al imperativo de abordar las consecuencias del agotamiento económico, como el exceso de capacidad y el desequilibrio de la economía china. Por otro lado, una política exterior asertiva servirá como el medio de la gran estrategia adecuado para promover y sostener la segunda ola de reforma económica en China y la transición hacia un nuevo modelo de crecimiento.

En un discurso pronunciado en mayo de 2014, Xi Jinping consagró este nuevo modelo bajo el concepto de “nueva normalidad”. Este comprende “(i) la transición de un crecimiento de alta velocidad a uno de menor velocidad; (ii) la aceleración del proceso de modernización de la estructura económica; y (iii) la transición de una dependencia mayoritaria de las exportaciones y las inversiones a una base del desarrollo económico en la innovación y el consumo interno”⁹². La política de “profundización integral de las reformas”, que debe ser vista como la segunda ola de las reformas, tiene como objetivo reestructurar aún más el país en los ámbitos económico, político, cultural, educativo y ambiental. En este sentido, esta política sentó las bases para la construcción de una “nueva era de socialismo con características chinas”, en la cual se logrará la modernización de China y su revitalización nacional. Esta política es el núcleo del “Pensamiento de Xi Jinping sobre el Socialismo con Características Chinas para una nueva era”⁹³ ya que vincula la idea del socialismo chino con la entrada de la economía de China en una nueva fase. Durante el XIX Congreso Nacional del PCCh, la “profundización integral de la reforma” se confirmó como una política básica que respalda los esfuerzos del PCCh para mantener y avanzar en la “nueva era”. Esta nueva etapa en la economía de China estará marcada por la transición de una fase de rápido crecimiento a una fase de desarrollo de alta calidad, lo que implica el logro de los “Dos Objetivos Centenarios” como el plan de dos etapas para construir una China completamente moderna y socialista.

90 CHINA INTERNET INFORMATION CENTER, “Decision of the Central Committee of the Communist Party of China on Some Major Issues Concerning Comprehensively Deepening the Reform”, disponible en http://www.china.org.cn/china/third_plenary_session/201401/16/content_31212602.htm

91 Ibid.

92 QUANG, N., “China’s Strategic Adjustments: Impact on the World, Region and Vietnam”, *China Report*, vol. 53, núm. 3, 2017, pp. 367-385, p. 369.

93 Véase TSANG, S., CHEUNG, O., *The Political Thought of Xi Jinping*, Oxford University Press, Nueva York, 2024.

A la luz de lo anterior, el ajuste de la política exterior de China y la plena adopción de la estrategia de “esforzarse por logros” pueden observarse en el cambio de prioridades en política exterior, declarado en el XVIII Congreso Nacional del PCCh en 2012, frente a las prioridades expuestas en la Conferencia Central sobre el Trabajo Relacionado con Asuntos Exteriores (CCWRFA, por sus siglas en inglés) celebrada en noviembre de 2014. Mientras que en el primero, las prioridades eran las relaciones con los principales países y las relaciones de China con los países en desarrollo, en la CCWRFA, las prioridades fueron la diplomacia en la periferia de China y la construcción de un nuevo tipo de relaciones internacionales entre las grandes potencias. Esto demuestra cómo el nuevo enfoque de la dirigencia hacia los asuntos exteriores está vinculado a la reestructuración de la economía y su giro hacia el exterior. Así, la BRI y el establecimiento del Banco Asiático de Inversión en Infraestructura (AIIB, por sus siglas en inglés) se aceleraron después de la CCWRFA.

C) RESTRUCTURACIÓN DE LAS ÉLITES

Entendemos por reestructuración de las elites el reposicionamiento de las elites primarias⁹⁴ dentro de la estructura de poder, que, en el caso de China puede darse de dos maneras. La primera, cuando se produce el cambio de liderazgo o la sucesión de poder, que, hasta la enmienda de la Constitución china en 2018, se hacía tras completar dos mandatos de cinco años. El último cambio de liderazgo bajo esta figura se completó en marzo de 2013 en el marco de la primera sesión de la XII Asamblea Popular Nacional, en la que Xi Jinping asumió el cargo de presidente de la RPC, después de haber sido elegido por el XVIII Comité Central del PCCh en noviembre de 2012 como secretario general del Partido, y presidente de la Comisión Militar Central del PCCh. La segunda forma de reestructuración puede ocurrir bajo dos escenarios. Primero, cuando se producen cambios a nivel institucional dentro de las estructuras de toma de decisiones del Partido que conduce al reposicionamiento de las elites primarias o secundarias. En segundo lugar, cuando se da la destitución o cese de las funciones de altos funcionarios del partido.

El objetivo principal de la sucesión de poder en China es asegurar el monopolio del poder del Partido y la continuidad del sistema político. Además, es crucial que el liderazgo entrante garantice que los reajustes necesarios para alcanzar los objetivos a largo plazo del país no supongan una disrupción de los principios fundamentales establecidos por el PCCh. La elección del liderazgo se guía por una doble vertiente: por un lado, los requisitos formales basados en una larga trayectoria dentro del partido y la experiencia adquirida a través del ejercicio de diferentes cargos dentro del aparato del partido-estado, y por el otro, los requisitos informales,

94 Según Izquierdo y Etherington, las elites primarias son aquellas que tienen la capacidad de competir por el control de los recursos que permiten una mayor acumulación de poder en cada momento, y delimitan los equilibrios de poder que estructuran todo el sistema. Por su parte, las elites secundarias, aunque también participan en la competencia, se mueven dentro de la estructura generada por las elites primarias, ocupando posiciones subordinadas en la jerarquía, de modo que su acceso a los recursos dependerá de sus alianzas con las elites primarias. Véase, IZQUIERDO, F. & ETHERINGTON, J., *Poder Global: Una Mirada desde la Sociología del Poder*, Barcelona, Edicions Bellaterra, 2017.

que incluyen la adhesión al pensamiento o ideología predominante del partido, la lealtad al mismo, la posición que se ocupe dentro de las redes clientelares, y la tenencia de una base de seguidores. Además, el proceso de toma de decisiones es parte de una ecuación en la que se sopesan los elementos formales e informales frente a la volatilidad del juego político entre las facciones del partido. Estas facciones se articulan sobre la base de vínculos informales contruidos a partir de conexiones personales influidas por factores geográficos, profesionales, políticos e ideológicos⁹⁵.

Las dos formas de reestructuración de la elite se pueden observar en el ascenso al poder de la quinta generación del liderazgo chino encabezada por Xi Jinping. Por una parte, Xi Jinping ha emergido como un líder fuerte debido a su estatus de “príncipe rojo”⁹⁶, su experiencia militar, conexiones, su posición dentro de la Comisión Central Militar, y liderazgo de diferentes grupos dirigentes y comisiones en las áreas de seguridad nacional, reforma, asuntos exteriores y seguridad en internet e informatización⁹⁷. Además, tras las enmiendas a la Constitución en 2018, el “Pensamiento de Xi Jinping sobre el Socialismo con Características Chinas para una Nueva Era” fue incorporado a la Constitución China al mismo nivel que el “Pensamiento de Mao Zedong” y la “Teoría de Deng Xiaoping”. Xi también se ha convertido en el “núcleo”⁹⁸ de la dirección del Partido, y evocando la necesidad de mantener la estabilidad y concentrarse en el logro de los “Dos Objetivos Centenarios” en la “nueva era”, logró abolir el límite de dos mandatos para la presidencia establecido en la Constitución de 1982. Estos cambios reflejan la transición de un modelo que parte del liderazgo colectivo del Partido hacia un liderazgo centralizado. Además, como afirman Calvo-Sotomayor y Pareja, la “enorme concentración de poder se ha visto reforzada por el ascenso de sus aliados más próximos a los principales puestos de responsabilidad del Estado y el partido”⁹⁹.

En este sentido, Xi Jinping ha consolidado su poder a través de la implementación de una serie de cambios en los principales órganos de toma de decisiones del gobierno y mediante la realización de una campaña anticorrupción que ha neutralizado a sus oponentes. Según Cabestan, “Xi ahora controla la mayoría de las palancas del poder”¹⁰⁰. Por ejemplo, en 2017, durante la Primera Sesión Plenaria del XIX Congreso Nacional del Partido, el Comité Permanente del Politburó del PCCh se redujo de nueve a siete miembros desde que Xi Jinping mantuvo la nor-

95 RÍOS, X., “Sucesión y poder en China”, *El País*, 17/09/ 2012, disponible en https://elpais.com/elpais/2012/09/17/opinion/1347898088_236056.html

96 En la política china, el término se utiliza para referirse a los descendientes de altos funcionarios comunistas. Xi Jinping es hijo de Xi Zhongxun, primer vicepresidente del Comité Permanente del Congreso Nacional del Pueblo y uno de los padres fundadores del PCCh.

97 BLANCHARD, J., “The People’s Republic of China Leadership Transition and its External Relations: Still Searching for Definitive Answers”, *Journal of Chinese Political Science*, vol. 20, núm. 1, 2015, pp. 1-16, disponible en <https://doi.org/10.1007/s11366-014-9324-0>

98 En pinyin, *lǐngdǎo héxīn* 领导核心. En inglés, *core leader*.

99 CALVO-SOTOMAYOR, I., PAREJA, P., “El ‘Sueño Chino’ a través del Espejo: Análisis de la Situación Actual del País y de sus Principales Desafíos”, *Boletín de Estudios Económicos*, vol. LXXII, núm. 221, 2017, pp. 291-311, p. 295.

100 CABESTAN, J.P., “Political Changes in China Since the 19th CCP Congress: Xi Jinping Is Not Weaker But More Contested”, *East Asia*, vol. 36, núm. 1, 2019, pp. 1-21, p. 3, disponible en <https://doi.org/10.1007/s12140-019-09305-x>

ma no escrita de jubilación a los 68 años, lo que le permitió aumentar su poder y mantener a su lado a aliados clave como Li Keqiang, Wang Yang y Wang Huning. Además, el Buró Político del Comité Central del PCCh, está dirigido por líderes también promovidos por Xi a varios departamentos del Comité Central del PCCh. Algunos de estos líderes son Ding Xuexiang y Huang Kunming, que ocupan respectivamente las oficinas de Asuntos Generales y Propaganda del PCCh. Además, en ese momento, Xi nombró al actual Vicepremier de la RPC, Liu He, como subdirector de la Comisión Nacional de Desarrollo y Reforma y del Grupo Directivo Central para Finanzas y Economía. En lo que se refiere a la toma de decisiones en materia de política exterior, el Grupo Directivo de Asuntos Exteriores se convirtió en 2018 en la Comisión Central de Asuntos Exteriores. Esta última se constituyó entonces con Xi Jinping como líder, el ahora fallecido Li Keqiang, Yang Jiechi, y Wang Qishan, aliado político cercano de Xi. En cuanto a la burocracia de toma de decisiones en política exterior, desde marzo de 2018, Wang Yi ha reemplazado a Yang Jiechi como consejero de estado a cargo de los asuntos exteriores, y también ocupa el cargo de ministro de asuntos exteriores.

A los efectos de nuestro análisis, es fundamental destacar cómo tanto los cambios institucionales en las estructuras centrales de toma de decisiones como el reposicionamiento de las élites primarias y secundarias resultan clave para comprender cómo la narrativa del “Sueño Chino” y la “nueva era del socialismo con características chinas” se instrumentaliza a través de la política exterior. El giro asertivo en la política exterior china no solo refleja una orientación hacia la profundización de la reforma y la transición del modelo de desarrollo, sino que también evidencia, cómo el reposicionamiento de los actores y su vinculación con sectores estratégicos de la economía y las empresas estatales permite a las élites utilizar la política exterior como un instrumento para la obtención de recursos y consolidación de legitimidad política. La relevancia de este factor radica entonces, en el papel central que el cambio de liderazgo y la reestructuración de las élites han tenido en el ajuste de gran estrategia. Si bien factores sistémicos, como las crisis de 2008, fueron impulsores claves de este ajuste, es importante señalar que entre 2007 y 2012 no se incorporan nuevos conceptos en la política exterior china. Sin embargo, tras el cambio de liderazgo en 2012, se introdujeron nuevos elementos, los cuales se analizarán en la siguiente sección.

IV. TRAYECTORIA DE LA GRAN ESTRATEGIA DE CHINA: DEL PRAGMATISMO A LA ASERTIVIDAD

1. Los fundamentos del “Desarrollo Pacífico”

El XII Congreso Nacional del PCCh celebrado en 1982 que marca el comienzo de la era de “reforma y apertura” bajo Deng Xiaoping, ha de considerarse como un punto de inflexión en la trayectoria de la gran estrategia de China y su política exterior, tanto desde una perspectiva histórica como analítica. Desde una perspectiva histórica, los discursos y declaraciones en este Congreso marcan el fin de una era en la historia política de China y el inicio de una nueva etapa, que implicaría una ruptura con las directrices de política exterior de la era maoísta. El carácter dogmático de esta última, definido por el principio de “guerra y revolución”, sería remplazado por el de “paz y desarrollo” como nuevo principio rector de la política exterior china. Así, en el discurso de apertura del Congreso, Deng anuncia que:

Acelerar la modernización socialista, luchar por la reunificación de China y, en particular, por el retorno de Taiwán a la patria, y oponerse al hegemonismo y trabajar por la salvaguardia de la paz mundial serán las tres tareas principales de nuestro pueblo en esta década. El desarrollo económico está en el centro de estas tareas y es la base para la solución de nuestros problemas externos e internos”¹⁰¹. Por su parte, el secretario general del Comité Central del PCCh, Hu Yuobang, afirmó que China seguiría una “política exterior independiente”¹⁰², basada en “los intereses fundamentales del pueblo chino y del resto del mundo. Sigue una estrategia global y a largo plazo y no está influenciada por la conveniencia ni por la instigación o provocación de nadie”¹⁰³. A partir de este momento, se establece el vínculo inexorable entre paz y desarrollo que reflejaría el paso a un enfoque más pragmático que prioriza la estabilidad internacional como el entorno más favorable para el avance en las reformas y el desarrollo socioeconómico.

Desde una perspectiva analítica, el XII Congreso pone de manifiesto dos de los principales elementos que articulan toda gran estrategia: medios y fines. El liderazgo chino estableció el crecimiento económico y el desarrollo como objetivos a largo plazo, propiciando un entorno pacífico para la modernización del país. En lo que respecta a los medios, la política exterior de China se convirtió en una herramienta clave para el cumplimiento de estos objetivos, adoptando así una postura internacional pragmática y de perfil bajo, con el fin de garantizar la consecución de sus prioridades domésticas. A saber, de Zhang, a partir de este momento, el pensamiento estratégico chino “comenzó a enmarcarse explícitamente en términos de intereses nacionales [y] ese pensamiento basado en intereses fue una de las características definitorias del cambio de política durante este período”¹⁰⁴. Esto ilustra cómo la política exterior china comenzó a enmarcarse en la gran estrategia del país.

La política exterior de China durante la era posterior a la Guerra Fría se enmarcó en la estrategia de “mantener un perfil bajo” basada en la “estrategia de los 24 caracteres” formulada por Deng: “observar con calma, asegurar nuestra posición, lidiar con los asuntos con calma, ocultar nuestras capacidades y esperar nuestro momento, ser buenos en mantener un perfil bajo y nunca reclamar el liderazgo”¹⁰⁵. Tras la crisis de Tiananmen, estos principios se convirtieron en los pilares rectores de la política exterior china y, como destacan Ross y Tunsjø sirvieron como los “principios básicos de la gran estrategia de China” durante las siguientes dos décadas¹⁰⁶. Esta estrategia de no confrontación permitió a China proyectarse como un estado no revisionista, dispuesto a entablar relaciones de cooperación con las potencias medianas

101 DENG, X., *Selected Works of Deng Xiaoping* (vol. 3), Beijing, People’s Publishing House, 1994, p. 13.

102 El principio subyacente en la política exterior independiente, pacífica y autosuficiente de China, se basa en la defensa de una política exterior que sería hasta cierto punto independiente y no alineada con los Estados Unidos y la Unión Soviética, y coherente con la agenda interna de China.

103 BEIJING REVIEW, “The 12th National Congress”, 12/04/2011, disponible en http://www.bjreview.com.cn/90th/2011-04/12/content_357550_9.htm

104 ZHANG, F., “Rethinking China’s Grand Strategy: Beijing’s Evolving National Interests and Strategic Ideas in the Reform Era”, *International Politics*, vol. 49, núm. 3, 2012, pp. 318-345, p. 322.

105 HUANG, Y., “Context, not History, Matters for Deng’s Famous Phrase”, *Global Times*, 15/06/2011, disponible en <http://www.globaltimes.cn/content/661734.shtml>

106 ROSS, R. & TUNSJØ, Ø., *Strategic Adjustment and the Rise of China*, Ithaca, NY, Cornell University Press, 2017, p. 23.

y grandes. Al mismo tiempo, priorizar el desarrollo económico sobre las cuestiones militares fue clave para aumentar progresivamente el poder y el estatus internacional de Beijing, consolidando así su influencia en el escenario internacional sin recurrir a la confrontación directa.

2. El “Desarrollo Pacífico” como la gran estrategia de China

Aunque los fundamentos de la gran estrategia de desarrollo pacífico¹⁰⁷ los encontramos en Deng, no es sino hasta la década de los 2000 que este concepto se incorpora al discurso público¹⁰⁸ y a los libros blancos del país. Inicialmente, se le denominó “Ascenso Pacífico de China” pero debido a la percepción negativa de la palabra “ascenso” por parte de Estados Unidos y los medios de comunicación internacional, el término fue cambiado en 2005 a “Desarrollo Pacífico de China”, proyectando una imagen más moderada de China y contrarrestando la percepción de su ascenso como una amenaza para el orden establecido. A partir de entonces, el concepto fue presentado en diversas ocasiones por el liderazgo chino (por ejemplo, en el discurso de Wen Jiabao en la Universidad de Harvard en diciembre de 2003 y en el discurso de Hu Jintao en el Foro Boao para Asia en 2004), y se consolidó como una estrategia a través de su formulación como libro blanco. En 2005 se publica el Libro Blanco “El Camino hacia el Desarrollo Pacífico de China”, en este se establece que:

La paz, la apertura, la cooperación, la armonía y el beneficio mutuo son nuestra política, nuestra idea, nuestro principio y nuestra meta. Seguir el camino del desarrollo pacífico implica unificar el desarrollo interno con la apertura al mundo exterior, vincular el desarrollo de China con el del resto del mundo y combinar los intereses fundamentales del pueblo chino con los intereses comunes de todos los pueblos del mundo. China persiste en su búsqueda de la armonía y el desarrollo interno mientras busca la paz y el desarrollo externo; los dos aspectos, estrechamente vinculados y orgánicamente unidos, forman un todo integrado, que contribuirá a la construcción de un mundo armonioso de paz duradera y prosperidad común¹⁰⁹.

Además de resaltar el inexorable vínculo entre paz y el desarrollo, la estrategia de desarrollo pacífico reafirmó el desarrollo económico como un objetivo central para la nueva generación

107 Renombrados académicos chinos y occidentales han considerado el desarrollo pacífico de China como su gran estrategia. Véase, WANG, T., “Introduction: The Rise of China and its Emerging Grand Strategy”, *Journal of Asian and African Studies*, vol. 43, núm. 5, 2008, pp. 491-496, disponible en <https://doi.org/10.1177/00219096080945>; LIU, G., “Domestic Sources of China’s Emerging Grand Strategy”, *Journal of Asian and African Studies*, vol. 43, núm. 5, 2008, pp. 543-561, disponible en <https://doi.org/10.1177/002190960809459>; BUZAN, B., “The Logic and Contradictions of Peaceful Rise/Development’s China’s Grand Strategy”, *The Chinese Journal of International Politics*, vol. 7, núm. 4, 2014, pp. 381-420, disponible en <https://doi.org/10.1093/cjip/pou032>; DANNER, L.K., *China’s Grand Strategy. Contradictory Foreign Policy?*, Cham, Palgrave Macmillan, 2018.

108 El primer uso público del término lo hizo Zheng Bijian, el entonces vicepresidente de la Escuela Central del PCCh durante su discurso en el Foro de Boao para Asia de 2003. Posteriormente, en 2005, lo desarrolla aún más en su artículo “El “ascenso pacífico” de China al estatus de gran potencia”, publicado en la revista *Foreign Affairs*.

109 CHINA INTERNET INFORMATION CENTER, “White Paper on Peaceful Development Road Published”, 2005, disponible en <http://www.china.org.cn/english/2005/Dec/152669.htm>

de liderazgo. No obstante, se puede atribuir un nuevo significado a este objetivo considerando que China se encontraba en la cúspide de su crecimiento económico y comenzaba su integración en la economía global tras su adhesión a la OMC en 2001. Entre 2005 y 2007, la tasa de crecimiento anual de China pasó del 11,4% al 14,2%. El PIB alcanzó los US\$ 2.286 billones en 2005, una cifra muy superior a los US\$ 360.858 millones alcanzados a principios de los años noventa¹¹⁰. En 2006, la economía china superó a las de Francia y el Reino Unido, convirtiéndose en la cuarta economía más grande del mundo y contribuyó a un tercio del crecimiento económico mundial¹¹¹. En este sentido, el objetivo del desarrollo económico adquirió una connotación global, ya que estaría íntimamente relacionado con la integración de China a la economía mundial.

Lo dicho a nivel discursivo y en el libro blanco indican que, en la década de 2000, China aprovechó la creciente ola de globalización no solo para fortalecer su compromiso con las instituciones multilaterales regionales y globales, sino que también se convirtió en una parte esencial de su narrativa para proyectarse como un actor internacional comprometido, respaldado por las aspiraciones de convertirse en una gran potencia. La publicación en 2011 del segundo Libro Blanco “Desarrollo Pacífico de China”, nos ayuda a dilucidar tal intención, pues este documento resulta esencial al hacer una racionalización académica a posteriori de la gran estrategia de china, en tanto muestra claramente el establecimiento de los objetivos a largo plazo y los medios para alcanzarlos. El libro blanco establece que “el objetivo general de China de buscar el desarrollo pacífico es promover el desarrollo y la armonía a nivel nacional y buscar la cooperación y la paz a nivel internacional”¹¹². Una vez más, el vínculo entre el desarrollo interno y un entorno externo favorable aparece como un principio de larga data que guía la gran estrategia y la política exterior de China. Por su parte, el objetivo de “buscar la cooperación y la paz a nivel internacional”, plantea que China seguirá una política exterior de paz, promoverá un nuevo enfoque de seguridad basado en la confianza mutua, el beneficio mutuo y la igualdad, asumirá activamente su responsabilidad a nivel internacional, y promoverá la cooperación regional y las relaciones de buena vecindad¹¹³.

De lo anterior se infiere que existen varios principios de larga data que configuran la gran estrategia del desarrollo pacífico; sin embargo, la ampliación de los “intereses fundamentales” en el libro blanco de 2011, con respecto a los expuestos en el de 2005, resulta trascendental. Este reza que “China defiende firmemente sus intereses fundamentales, que incluyen lo siguiente: la soberanía del Estado, la seguridad nacional, la integridad territorial y la reunificación nacional, el sistema político establecido por la Constitución de China y la estabilidad social, y las garantías básicas para asegurar el desarrollo económico y social sostenible”¹¹⁴. En comparación con el libro blanco de 2005, el de 2011 incorpora la reunificación nacional

110 BANCO MUNDIAL, “Crecimiento del PIB (% anual) – China”, 2024, disponible en <https://datos.bancomundial.org/indicador/NY.GDP.MKTP.KD.ZG?locations=CN>

111 YANG, L. “China’s Growth Miracle: Past, Present, and Future”, *United Nations Research Institute for Social Development*, vol. 7, 2013, pp. 1-17.

112 THE STATE COUNCIL THE PEOPLE’S REPUBLIC OF CHINA, op. cit.

113 Ibid.

114 THE STATE COUNCIL THE PEOPLE’S REPUBLIC OF CHINA, “China’s Peaceful Development”, 2011, op. cit.

como un interés fundamental. Según Swaine, el uso del término “intereses fundamentales” en declaraciones oficiales, junto a su aplicación a temas políticos cruciales, como la objeción planteada por primera vez a la venta de armas a Taiwán por parte de la administración Obama, y las consiguientes reivindicaciones territoriales sobre el Mar de China Meridional, muestran “un intento por parte de un liderazgo chino más fuerte y más asertivo para lograr un mayor respeto y apoyo de otras naciones hacia la posición de China en estas cuestiones”¹¹⁵.

3. Xi Jinping y el “Sueño Chino”

Ahora bien, la máxima expresión del ajuste de la gran estrategia de China, la encontramos en el ascenso de Xi Jinping al poder, su visión del “Sueño Chino”, y la consecuente transición entre los enfoques de política exterior de “mantener un perfil bajo” caracterizado por la moderación y el pragmatismo, al de “esforzarse por logros”, caracterizado por la proactividad y asertividad. Con Xi Jinping, la gran estrategia de China del “Desarrollo Pacífico”, evoluciona hacia el “Sueño Chino” y el ajuste se evidencia, por una parte, en la inclusión de nuevos objetivos como la consolidación de China en una potencia global en términos económicos, militares y tecnológicos, y por la otra en una reestructuración de la política exterior como parte fundamental de los medios para conseguir tales objetivos. El “Sueño Chino”, con el concepto de gran revitalización de la nación en su centro, abarca, por un lado, la dimensión interna que sostiene la visión de Xi para el desarrollo socioeconómico y modernización del país para las próximas décadas, y que sirve de fuente de legitimidad para el PCCh; y la dimensión externa, referente a la recuperación del estatus histórico de “imperio del centro”, perdido por China durante el siglo de la humillación, a través de la consolidación de China como una potencia en términos de desarrollo económico, innovación y poder militar.

Los primeros indicios del ajuste se observan en el discurso del ministro de asuntos exteriores de China Wang Yi, en el Segundo Foro Mundial por la Paz de 2013, en el que sostuvo, que, en el ámbito diplomático, “se han tomado nuevas medidas, se han propuesto nuevas ideas y se ha presentado una nueva imagen. La diplomacia de China en la nueva era ha asumido una perspectiva más global con un espíritu más emprendedor e innovador, se está explorando activamente un camino de diplomacia de gran potencia con características chinas”¹¹⁶. Dos cuestiones clave destacan de este discurso. En primer lugar, refleja la valoración hecha por el nuevo liderazgo chino sobre la cambiante configuración del sistema internacional y reconoce la necesidad de desarrollar un nuevo enfoque de política exterior que proyecte a China como un país con un papel responsable y activo en la gestión de los asuntos internacionales. Según Wacker, esta transición se caracteriza por la adopción de una postura más proactiva en el manejo de estos asuntos, lo que implica que la política exterior de China ha pasado “de una

115 SWAINE, M. “China’s Assertive Behavior. Part One: On ‘Core Interests’”, *China Leadership Monitor*, vol. 34, núm. 2, 2011, pp. 1-25, p. 11, disponible en <https://www.hoover.org/sites/default/files/uploads/documents/CLM34MS.pdf>

116 MINISTRY OF FOREIGN AFFAIRS THE PEOPLE’S REPUBLIC OF CHINA, “Exploring the Path of Major-Country Diplomacy with Chinese Characteristics”, 27/06/2013, disponible en: https://www.mfa.gov.cn/eng/xw/zyjh/202405/t20240530_11340595.html

adaptación pasiva a los cambios en el entorno externo a una forma activa de moldearlo. En otras palabras, se está produciendo un cambio desde una ‘diplomacia reactiva’ (...) hacia una ‘diplomacia proactiva’¹¹⁷. En segundo lugar, subraya un cambio significativo en la autopercepción de China dentro del escenario internacional. El hecho de que China se reconozca y se posicione abiertamente como una “gran potencia”¹¹⁸ es algo sin precedentes en generaciones anteriores de liderazgo.

En la misma línea, el discurso de Xi Jinping en la Conferencia Central sobre el Trabajo Relacionado con los Asuntos Exteriores de noviembre de 2014 ofrece una presentación más completa de los elementos que articulan la estrategia de “esforzarse por logros”. Xi inicia indicando que los esfuerzos diplomáticos de China estarán orientados hacia la consecución de los “Dos Objetivos Centenarios”, esto es, terminar la construcción de una sociedad moderadamente próspera en todos los aspectos para cuando el PCCh celebre su centenario en 2021¹¹⁹ y convertir a China en un país socialista moderno que sea próspero, fuerte, democrático, culturalmente avanzado y armonioso para cuando celebre su centenario en 2049¹²⁰. Al mismo tiempo, Xi destaca la importancia del “Sueño Chino” de la gran revitalización nacional y esboza los principios que regirían la futura diplomacia de China, a saber, fomentar un “nuevo tipo de relaciones internacionales” guiado por el modelo de cooperación ganar-ganar, democratizar las relaciones internacionales, promover la diplomacia multilateral, construir un marco de “relaciones entre grandes potencias”, ampliar y fortalecer la cooperación con los principales países en desarrollo, construir una red global de partenariados bajo el principio de no alineación, trabajar en la reforma del sistema internacional y la gobernanza global aumentando la representación de China y otros países en desarrollo, proteger los “intereses fundamentales de China” y realzar el liderazgo del PCCh en los asuntos exteriores de la nación¹²¹.

Estos principios se refuerzan posteriormente en el discurso de Wang Yi en la ceremonia de apertura del Simposio sobre el Desarrollo Internacional y la Diplomacia de China de 2014, en el que las describe como “nuevas teorías y prácticas diplomáticas”¹²² que China ha venido desarrollando en su política exterior desde que Xi Jinping asumió el poder. Wang profundiza sobre el “nuevo tipo de relaciones internacionales”, como un “nuevo enfoque para gestionar

117 WACKER, G., “The Irreversible Rise. A New Foreign Policy for a Stronger China”, en AMIGHINI, A. & BERKOFSKY, A. (eds.), *Xi’s Policy Gambles: The Bumpy Road Ahead*, Milano, Edizioni Epoké, 2015, pp. 65-77, p. 66.

118 En pinyin, *xinxing daguo* 新型大国. En inglés, *new great power*.

119 En 2021 este objetivo fue alcanzado. Véase, THE STATE COUNCIL INFORMATION OFFICE THE PEOPLE’S REPUBLIC OF CHINA, “Xi declares China a moderately prosperous society in all respects”, 1/07/2021, disponible en http://english.scio.gov.cn/topnews/2021-07/01/content_77599525.htm#:~:text=July%201%2C%202021-,Xi%20Jinping%2C%20general%20secretary%20of%20the%20Communist%20Party%20of%20China,prosperous%20society%20in%20all%20respects.

120 MINISTRY OF FOREIGN AFFAIRS THE PEOPLE’S REPUBLIC OF CHINA, “The Central Conference on Work Relating to Foreign Affairs was Held in Beijing”, 29/11/2014, disponible en https://www.mfa.gov.cn/eng/wjb/zzjg_663340/xws_665282/xgxw_665284/202406/t20240606_11405668.html

121 MINISTRY OF FOREIGN AFFAIRS THE PEOPLE’S REPUBLIC OF CHINA, “The Central Conference on Work Relating to Foreign Affairs was Held in Beijing”, op. cit.

122 CHINA DAILY, “Full Text of Foreign Minister Wang Yi’s Speech on China’s Diplomacy in 2014”, 26/12/2014, disponible en http://www.chinadaily.com.cn/china/2014-12/26/content_19173138_2.htm

las relaciones entre estados en el mundo contemporáneo” establecidas por esta red global de partenariados guiados por el beneficio mutuo y “con un enfoque cooperativo en lugar de confrontaciones, y de ganar-ganar en lugar de suma cero”¹²³. Un aspecto esencial del discurso de Wang es el énfasis en algunos temas relacionados con la región Asia-Pacífico y la creciente participación de China en asuntos globales. En este sentido, destaca el papel de China en la triple transición de Afganistán, las negociaciones sobre el programa nuclear de Irán, la desnuclearización de la península coreana, el conflicto Palestina-Israel, la crisis de Siria, el conflicto en Sudán del Sur y la cuestión del Mar del Sur de China¹²⁴. Así mismo, la idea de relaciones entre grandes potencias se hace presente para avanzar en una nueva modelo de relaciones entre China y los EE. UU. Cabe destacar también, como rasgo distintivo del ajuste de la gran estrategia la emergencia de la “diplomacia de jefe de estado”. Xi no solo participa activamente en la formulación de la política exterior, sino también en su implementación a través de este modelo de diplomacia. Como señala Zhang, “Xi no solo ha mostrado firmeza en la defensa de los intereses fundamentales de China, también ha demostrado ser un diplomático habilidoso, capaz de aplicar políticas exteriores pragmáticas en diversas dimensiones”¹²⁵.

La siguiente ocasión que marca un hito en el ajuste de la gran estrategia de China, es la celebración del XIX Congreso Nacional del PCCh en octubre de 2017. En este, es destacable, el anuncio de una “nueva era” para el “socialismo con características chinas” que denota el comienzo de una nueva etapa que vira hacia la modernización de la sociedad, la revitalización nacional, la profundización de la reforma, el fortalecimiento de las capacidades militares, la proyección global de la diplomacia y rol del Partido como el núcleo de todo este proceso. Xi describe la nueva era como “una era en la que China se acerca al centro del escenario y hace mayores contribuciones a la humanidad”¹²⁶, lo que muestra la creciente confianza en el creciente poder de Beijing por parte de la nueva generación y su voluntad de establecer grandes objetivos y demostrar su capacidad para lograrlos. En efecto, se muestra a China como una gran potencia con “un deseo claro de ocupar una posición de liderazgo global junto a EE. UU. y otras potencias”¹²⁷. Otro aspecto relevante del discurso es el énfasis dado por Xi a los asuntos militares, al plantearse el objetivo de “convertir a las fuerzas populares en fuerzas de clase mundial que obedezcan las órdenes del partido”¹²⁸. China aspira a una modernización total del ejército en lo que respecta a sus fundamentos, estructura organizativa, personal y armamento para el 2035, y aspira a transformar las fuerzas armadas en fuerzas de primera categoría para el 2050. Estamos ante un rasgo distintivo del pensamiento estratégico de Xi, y que marca una diferencia con sus predecesores, pues en la jerarquía de objetivos, el de convertir a China en una potencia militar se haya en el mismo lugar que el de avanzar en la construcción de una sociedad próspera y moderna. Tal como lo afirma en su

123 Ibid.

124 Ibid.

125 ZHANG, B., “Xi Jinping, ‘Pragmatic’ Offensive Realism and China’s Rise”, *Global Asia*, vol. 9, núm. 2, 2014, pp. 70-79, p. 77.

126 XINHUA, “Full text of Xi Jinping’s report at 19th CPC National Congress”, 3/11/2017, disponible en http://www.xinhuanet.com/english/special/2017-11/03/c_136725942.htm

127 SWAINE, M., “Chinese Views of Foreign Policy in the 19th Party Congress”, *China Leadership Monitor*, núm. 55, 2018, disponible en <https://www.hoover.org/sites/default/files/research/docs/clm55-ms-final.pdf>

128 XINHUA, op. cit.

discurso, “China nunca buscará su desarrollo a expensas de los intereses de otros, pero tampoco renunciará a sus derechos e intereses legítimos. Nadie debería esperar que aceptemos algo que socave nuestros intereses”¹²⁹.

Este posicionamiento fue reforzado con la publicación del Libro Blanco sobre la “Defensa Nacional en la Nueva Era” en 2019, el cual muestra la nueva doctrina militar y el claro propósito de convertirla en un instrumento clave en la consecución de los “intereses fundamentales” de China. Por una parte, resuelve que el objetivo fundamental de la defensa nacional de China en la nueva era será el de “salvaguardar la soberanía, seguridad e intereses de desarrollo de China”, entre los que destacan, la defensa de la unidad e integridad territorial a través de la oposición y contención de la independencia de Taiwán, la supresión de los movimientos separatistas del Tíbet, la protección de los derechos e intereses marítimos de China, y la defensa de la seguridad política nacional y la estabilidad social¹³⁰. El aumento en el gasto militar es un indicador claro de esta resolución. En los últimos 10 años China ha aumentado su gasto militar en un 60%, a la vez que representa un 15% del gasto militar en el mundo¹³¹. Por otra parte, agrega que:

Las fuerzas armadas de China tienen la determinación, confianza y capacidad para superar todas las amenazas y desafíos. Están preparadas para ofrecer un sólido apoyo estratégico en la realización del Sueño Chino de la revitalización nacional, y para hacer nuevas y mayores contribuciones a la construcción de una comunidad con un futuro compartido para la humanidad¹³².

Cabe destacar que, pese a estas nuevas tendencias, Xi continúa exaltando el vínculo entre el desarrollo de China y un entorno externo favorable. En el discurso expresó que China “ha hecho esfuerzos integrales en la búsqueda de una diplomacia de gran país con características chinas, avanzando su agenda diplomática de manera completa, multinivel y multifacética, creando así un entorno externo favorable para el desarrollo de China”¹³³. No obstante, dos aspectos marcan una diferencia en cómo el nuevo liderazgo lo percibe. En primer lugar, el entorno externo se caracteriza por desafíos globales complejos que mantienen al mundo en constante cambio. Entre estas tendencias se destacan la interdependencia e interconexión de los países, la reconfiguración en el equilibrio de las fuerzas internacionales y la consideración de la paz y el desarrollo como tendencias irreversibles. En segundo lugar, en este escenario cambiante, China ve en la pérdida de influencia de Estados Unidos una ventana de oportunidad. Si bien China aboga por un mundo multipolar con fuerzas internacionales equilibradas, la disminución de la influencia de EE. UU. en la gobernanza global ha abierto una oportunidad para que China incremente su propio peso

129 Ibid.

130 THE STATE COUNCIL THE PEOPLE’S REPUBLIC OF CHINA, “China’s National Defense in the New Era”, 24/07/2019, disponible en http://english.www.gov.cn/archive/whitepaper/201907/24/content_WS-5d3941ddc6d08408f502283d.html

131 TIAN, D., LOPES, D. XIAO, L., SCARAZZATO, L., “Trends in world military expenditure, 2023”, SIPRI Fact Sheet, 2024, pp. 1-12.

132 THE STATE COUNCIL THE PEOPLE’S REPUBLIC OF CHINA, op. cit.

133 XINHUA, “Full text of Xi Jinping’s report at 19th CPC National Congress”, op. cit.

internacional en el mantenimiento de los bienes públicos globales, el libre comercio y la lucha contra el cambio climático¹³⁴.

Otro rasgo que muestra un ajuste en la gran estrategia de China es el lanzamiento de iniciativas de política exterior sin precedentes, como la Iniciativa de la Franja y la Ruta. Esta iniciativa inaugurada en 2013, con el objetivo de mejorar la conectividad e integración entre Asia, Europa y África, a través de la inversión y construcción de infraestructura, se ha convertido en la iniciativa de política exterior abanderada de Xi Jinping¹³⁵. Hasta la fecha, China ha firmado más de 200 acuerdos de cooperación con 150 países y 32 organizaciones internacionales a lo largo de los cinco continentes. Bajo el marco de la BRI, se ha destinado un presupuesto estimado de mil millones de dólares, alcanzando un total acumulado de 1,053 millones de dólares. Esta cifra incluye aproximadamente 634 mil millones en contratos de construcción y 419 mil millones en inversiones no financieras¹³⁶. Además, China ha mostrado su disposición a prestar alrededor de 8 mil millones de dólares para mejorar la infraestructura en los países involucrados. En términos de la gran estrategia de China, la BRI puede verse como un instrumento que evidencia su ajuste, permitiendo que el país moldee de manera más asertiva y proactiva un entorno favorable para su desarrollo socioeconómico, y para incrementar su influencia global, además de servir como herramienta para hacer frente a los imperativos de orden económico y político de Beijing, a la vez que fortalece su influencia global.

Actualmente, la influencia global de China ha crecido de manera significativa, consolidando su papel como un actor clave en la diplomacia internacional y en la resolución de conflictos. En el contexto del Medio Oriente, China ha desempeñado un papel cada vez más activo como mediador, facilitando el diálogo entre Irán y Arabia Saudita, y posicionándose como una fuerza estabilizadora en la región. En cuanto a la cuestión de Palestina, China ha reiterado su apoyo a una solución de dos estados, abogando por el respeto a los derechos legítimos del pueblo palestino y por un proceso de paz basado en el diálogo multilateral¹³⁷. Asimismo, en el conflicto de Ucrania, China ha mantenido una postura de neutralidad activa, promoviendo el diálogo y la diplomacia como medios para resolver la crisis, aunque su cercanía con Rusia ha generado críticas y desconfianza en Occidente¹³⁸. Por otra parte, el lanzamiento de las tres iniciativas globales de China, la Iniciativa de Desarrollo Global (GDI), la Iniciativa de Seguridad Global (GSI) y la Iniciativa de Civilización Global (GCI), refleja su inequívoca ambición

134 Véase, ESTEBAN, M., “The Foreign Policy of Xi Jinping after the 19th Congress: China Strives for a Central Role on the World Stage”, Real Instituto Elcano, 2017, disponible en <https://www.realinstitutoelcano.org/en/analyses/the-foreign-policy-of-xi-jinping-after-the-19th-congress-china-strives-for-a-central-role-on-the-world-stage/>

135 Véase, PEÑA, A., “China’s Belt and Road Initiative: Implications for Central Asia”, en IZQUIERDO-BRICHES, F. & SERRA-MASSANSALVADOR, F. (eds.), *Political Regimes and Neopatrimonialism in Central Asia. The Steppe and Beyond: Studies on Central Asia*, Palgrave Macmillan, Singapur, pp. 71-113, 2021, disponible en https://doi.org/10.1007/978-981-15-9093-1_3

136 PEOPLES’S DAILY ONLINE, “BRI In Numbers: Cultivating Global Connectivity”, 17/10/2023, disponible en <http://en.people.cn/n3/2023/1017/c90000-20084745.html>

137 SUN, D., “China’s Role in the Israeli-Palestinian Conflict: Historical Perspectives and Future Prospects”, *Asian Journal of Middle Eastern and Islamic Studies*, vol. 16, núm. 1, 2022, pp. 78-93.

138 KOBIERECKA, A. & KOBIERECKI, M., “China’s Neutrality in the Russia-Ukraine Conflict: Balancing Strategic Interests and Global Image”, *International Politics Review*, vol. 10, núm. 3, 2022, pp. 45-60.

de influir en las reglas y estructuras de la gobernanza global¹³⁹ y reformarlas desde dentro. La GDI busca promover un desarrollo equilibrado y sostenible en los países en desarrollo, abordando la desigualdad global. La GSI, por su parte, propone una nueva visión de seguridad colectiva, basada en el respeto mutuo y la resolución pacífica de conflictos. Finalmente, la GCI pone énfasis en la cooperación intercultural y el respeto a la diversidad de civilizaciones como pilares para construir una comunidad global de futuro compartido¹⁴⁰.

V. CONCLUSIONES

El presente estudio partió de la premisa de que, en el curso de las últimas dos décadas, la gran estrategia de China ha experimentado un proceso de ajuste gradual que se evidencia principalmente en el cambio de enfoque de su política exterior. Específicamente, en 2014, a dos años del ascenso al poder de Xi Jinping, este cambio alcanza su máxima expresión con la transición de las estrategias de política exterior de “mantener un perfil bajo”, de carácter moderado y pragmático — e imperante desde la era de Deng— al de “esforzarse por logros”, de carácter proactivo y asertivo. En la misma línea, la gran estrategia de “Desarrollo Pacífico” transitó hacia la del “Sueño Chino” con el objetivo de satisfacer las crecientes aspiraciones de poder del país, proyectar un perfil internacional más proactivo y de liderazgo, consolidar a China como una potencia en términos de desarrollo económico, innovación y poder militar, e incrementar la influencia global de Beijing. Dada la relevancia de estos cambios y sus implicaciones tanto para el orden internacional, como para el curso de la actuación de China, este artículo se planteó como objetivo el determinar y comprender los factores que han impulsado el ajuste en la gran estrategia de China, analizar cómo estos factores han interactuado en la formulación de dicha estrategia durante la era de Xi Jinping y explorar las motivaciones subyacentes a estos cambios. Además, se buscó evaluar en qué medida estos ajustes representan una ruptura o continuidad con los principios fundamentales de la gran estrategia de “Desarrollo Pacífico”.

El punto de partida teórico de esta investigación puso de relieve ciertas limitaciones en la teorización actual sobre la gran estrategia de China. Se observa que las contribuciones provenientes tanto del *mainstream* teórico de las Relaciones Internacionales como de la subdisciplina de Análisis de Política Exterior, o bien tienden a enfocarse en un solo nivel de análisis, priorizando los factores internacionales o los domésticos, siguiendo las tradiciones contrapuestas de la *realpolitik* y la *innenpolitik*; o bien prevalece la adopción de enfoques restringidos a una única teoría de las Relaciones Internacionales, lo que genera análisis parciales que carecen de la exhaustividad necesaria para dar cuenta de la heterogeneidad de factores que impulsan el ajuste de la gran estrategia de China y sus motivaciones subyacentes. Así, a nivel teórico, este artículo enriquece el debate académico sobre la gran estrategia en la literatura sobre la

139 Véase, BUZAN, B. & ZHANG, F., “Multiple Modernities in Civilizational Perspective: An Assessment of the Global Civilization(s) Initiative”, *The Chinese Journal of International Politics*, vol. 17, núm. 1, 2024, pp. 104-126, disponible en <https://doi.org/10.1093/cjip/poae006>

140 HE, B., “China’s Global Initiatives: A New Vision for Global Governance”, *Journal of International Affairs*, vol. 76, núm. 2, 2023, pp. 15-34.

política de poder de las grandes potencias, y particularmente en el caso de China, al desarrollar un marco analítico de síntesis y multinivel que integra elementos de diversas aproximaciones teóricas y permite cerrar la brecha entre los niveles de análisis internacional y doméstico. La categorización de dos conjuntos de factores –sistémicos (como los cambios estructurales en la economía global y las fluctuaciones en la distribución global del poder) y domésticos (como la preservación del régimen y la legitimidad del PCCh, el agotamiento del modelo de desarrollo económico y la reestructuración de las elites)– y su consideración como factores igualmente relevantes, nos ha permitido observar empíricamente, cómo estos factores interactúan, se retroalimentan, resultando en una visión más amplia de cómo lo doméstico y el entorno internacional se entrelazan para dar forma a la gran estrategia de China y su política exterior. La interacción entre factores sistémicos y domésticos sugiere que la esfera doméstica es cada vez más favorable para que China aproveche las oportunidades derivadas de los cambios a nivel internacional, posicionando a los factores domésticos como catalizadores del ajuste de su política exterior.

De este modo, los factores sistémicos analizados incluyen, por un lado, los cambios estructurales en la economía global, destacando la crisis financiera mundial de 2008 como un evento que afectó las percepciones del liderazgo chino sobre el estado del sistema internacional y la posición de China en él. Estas percepciones también se vieron influenciadas por las dinámicas e incertidumbres de la economía global que, a partir de 2013, exigieron una reestructuración del modelo económico. Por otro lado, las fluctuaciones en la estructura de poder global, tras la crisis de 2008, que fueron percibidas por las estructuras de toma de decisiones chinas como una oportunidad para llenar el vacío de poder creado por el declive relativo de Estados Unidos. El incidente naval en 2009 en el Mar del Sur de China y la Estrategia de Asia-Pacífico de Estados Unidos durante la administración del presidente Obama fueron vistos por estas estructuras como un riesgo o amenaza para los intereses fundamentales de China. Esta sensación de inseguridad y el temor a la contención contribuyeron a la adopción de una política exterior más asertiva. Respecto a los factores domésticos, destaca la centralidad de la preservación del régimen y la legitimidad del Partido en la formulación de la política exterior, un aspecto directamente vinculado a las repercusiones de las medidas implementadas en respuesta a la crisis financiera de 2008. Estas medidas generaron una serie de desafíos macroeconómicos imprevistos, como el aumento del desempleo y la inflación, la acumulación de préstamos bancarios morosos y el creciente desequilibrio económico. Estos problemas tuvieron un fuerte impacto en la sociedad, lo que puso en riesgo la legitimidad del gobierno, obligando al PCCh a recalibrar su estrategia para lograr preservar el régimen y mantener los niveles de aceptación de la población.

Además, el agotamiento del modelo de desarrollo (basado en la inversión y orientado a la exportación) se presenta como un factor clave para entender el cambio en la orientación de la política exterior. Con la desaceleración económica de la segunda década del siglo XXI, China ha tenido que adaptar su estrategia hacia una mayor inversión en el exterior, con el fin de reducir su dependencia de las exportaciones y atender la creciente demanda de inversión por parte de las empresas chinas en el extranjero. Así, la adopción de una política exterior asertiva responde a la necesidad de apoyar la profundización de la reforma y facilitar la transición hacia un nuevo modelo de desarrollo (inversión en el exterior y manufactura de alta tecnología).

Finalmente, la reestructuración de las élites, a través de la sucesión de poder de la quinta generación, completada en 2013, y los cambios en las principales estructuras de toma de decisiones, implican la concentración de poder en manos de Xi Jinping y la transición del modelo de liderazgo colectivo del Partido a un liderazgo centralizado. En este sentido, la reestructuración de las élites del sistema de poder chino es otro factor relevante pues tiene como objetivo consolidar el monopolio del poder por parte del PCCh y garantizar la continuidad del sistema político. La llegada de Xi Jinping al poder y la consecuente reconfiguración de las élites no solo asegura el control del Partido, sino que también alinea los intereses internos del régimen con la política exterior de China, promoviendo una postura internacional más proactiva y asertiva.

Aunado a ello, este artículo ha puesto en evidencia que el ajuste de la gran estrategia de China es un proceso gradual que inicia en 2008, cuando la crisis financiera actúa como detonante de un cambio en la percepción del liderazgo chino sobre la posición del país el sistema internacional, es decir, hay por parte de la dirigencia una reevaluación del papel de China en un mundo en transformación. En cuanto a la política exterior, 2008 marca el inicio de la transición entre el enfoque de “mantener un perfil bajo” hacia el de “esforzarse por logros”. Este último alcanza su máxima expresión a partir de 2014 bajo el liderazgo de Xi Jinping. El análisis de documentos y discursos clave, como el discurso de Xi Jinping en la Conferencia Central sobre el Trabajo Relacionado con los Asuntos Exteriores en noviembre de 2014, el discurso de Wang Yi en la ceremonia de apertura del Simposio sobre el Desarrollo Internacional y la Diplomacia de China de 2014, el informe de Xi en el XIX Congreso Nacional del PCCh, y la posterior publicación del Libro Blanco sobre “Defensa Nacional en la Nueva Era” en 2019, evidencian esta dirección y la transición de la gran estrategia del “Desarrollo Pacífico” hacia la del “Sueño Chino”.

Asimismo, hemos sostenido que, con la quinta generación del liderazgo chino, se ha producido un ajuste, pero no una ruptura de la gran estrategia, ya que los objetivos a largo plazo se mantienen relativamente constantes, y son los medios para alcanzarlos los que han cambiado de manera significativa. En este sentido, identificamos como principios y objetivos de larga data de la política exterior china: el vínculo entre un entorno externo favorable y el desarrollo socioeconómico del país, así como la protección y salvaguarda de los “intereses fundamentales”, entre los cuales destacan la soberanía estatal y la integridad territorial, el mantenimiento del sistema político y la estabilidad social, el desarrollo socioeconómico y la diplomacia multilateral. Por su parte el cambio en los medios se evidencia en el giro hacia una política exterior más asertiva, caracterizada por el autorreconocimiento de China como una gran potencia con inequívocas aspiraciones de ocupar una posición de liderazgo global y consolidar su ascenso, no solo en términos de desarrollo económico, sino también en innovación y poder militar. Este cambio se refleja, por una parte, en la introducción de nuevos conceptos a la doctrina de política exterior, tales como el “socialismo con características chinas para la nueva era”, un “nuevo tipo de relaciones internacionales”, la “diplomacia de grandes potencias con características chinas” y la “diplomacia de jefe de estado”. Por otra parte, también se evidencia en un enfoque más ambicioso en la política exterior de China, que se manifiesta en dar mayor importancia a la defensa de sus intereses fundamentales, en su aspiración de ser tratada como un igual a Washington, en proyectarse como una potencia global líder asumiendo un conjunto de responsabilidades e iniciativas sin precedentes (ej. BRI), y en el fortalecimiento de sus

capacidades militares. Este giro hacia una política exterior más asertiva refuerza la idea de que China busca consolidar su papel como un actor clave en el orden mundial, alineando sus estrategias internas y externas para garantizar su posición de liderazgo global.

Por lo demás, y complementando las contribuciones teórico-conceptuales ya señaladas, este estudio realiza dos aportes empíricos de notable relevancia. En primer lugar, sistematiza los elementos que articulan la gran estrategia de China mediante un análisis riguroso de análisis de documentos y discursos clave. Este análisis no sólo evidencia la existencia de una gran estrategia coherente, sino que también permite comprender cómo se estructuran sus objetivos a largo plazo y los medios dispuestos para alcanzarlos. Así, el estudio ofrece una visión integral de la interacción entre los medios y fines en la trayectoria y evolución de la gran estrategia de China. En segundo lugar, identifica y organiza los elementos de cambio y continuidad en la transición de la gran estrategia de “Desarrollo Pacífico” a la del “Sueño Chino” de Xi, y sus respectivos enfoques de política exterior. Finalmente, esta investigación allana el camino para explorar implicaciones más amplias del ajuste de la gran estrategia de China y el giro asertivo de su política exterior en el sistema internacional, a la vez que ofrece herramientas conceptuales y metodológicas útiles para el estudio de las potencias emergentes y las nuevas dinámicas de poder en un orden internacional en transición.

LAS NOCIONES DE ROCA, ISLA, INSTALACIÓN, ESTRUCTURA E ISLA ARTIFICIAL EN LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE DERECHO DEL MAR

THE NOTIONS OF ROCK, ISLAND, INSTALLATION, STRUCTURE AND ARTIFICIAL ISLAND IN THE UNITED NATIONS CONVENTION ON THE LAW OF THE SEA

M^a DOLORES BOLLO AROCENA*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ELEVACIONES EN BAJAMAR, ISLAS Y ROCAS: DEFINICIÓN Y RÉGIMEN JURÍDICO. III. INSTALACIONES, ESTRUCTURAS E ISLAS ARTIFICIALES: DEFINICIÓN Y RÉGIMEN JURÍDICO. IV. CONCLUSIONES FINALES.

RESUMEN: El medio marino tiene un valor económico y geoestratégico de primera magnitud, tal y como lo demuestran las numerosas controversias internacionales que enfrentan a los Estados y que tienen como telón de fondo ese hecho. Sirvan como botón de muestra las tensiones existentes en torno a las pretensiones de distintos Estados en el Mar de China Meridional, tensiones que Filipinas vehiculó a través de una demanda dirigida contra el Estado chino y que fueron “resueltas” mediante un discutido laudo arbitral, que interpretó, precisamente, las nociones que son objeto de estudio en el presente trabajo. Nos estamos refiriendo a las nociones de elevación en bajamar, roca e isla, nociones que estaban necesitadas de un estudio detenido, pues, aún cuando han transcurrido más de cuatro décadas desde que se adoptara la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (CNUDM), la jurisprudencia internacional había pasado por encima de las mismas hasta entonces y la doctrina no había (ni ha) alcanzado tampoco un verdadero consenso en torno a su interpretación. La incertidumbre es aún mayor cuando cualquiera de tales formaciones marinas naturales son objeto de obras de ingeniería para construir sobre ellas –aunque también al margen de ellas– estructuras, instalaciones o islas artificiales, cuestionándose entonces el estatuto de la formación y los espacios a los que tendría derecho, además de quién puede construirlas, en qué espacio marítimo y con qué fines.

Las conclusiones que se extraigan tienen interés más allá del caso concreto, pues la extraordinaria evolución de la tecnología permite hoy la realización de obras de ingeniería inimaginables en el momento de adoptarse la Convención de Montego Bay, obras, en ocasiones, absolutamente necesarias para hacer frente al crecimiento del nivel del mar como consecuencia del cambio climático y evitar así la desaparición paulatina de determinadas islas; en otras ocasiones, obras libremente decididas por los Estados para aprovechar las nuevas posibilidades que el medio marino ofrece, como, por ejemplo, la producción de energía procedente de mares y océanos, o la construcción de islas artificiales con fines diversos, desde residenciales hasta fines estrictamente militares.

ABSTRACT: The marine environment has an economic and geostrategic value of the first magnitude, as demonstrated by the numerous international disputes between States against the backdrop of this fact. An example is the

Fecha de recepción del trabajo: 25 de septiembre de 2024. Fecha de aceptación de la versión final: 15 de noviembre de 2024.

* Profesora Titular de D^o Internacional Público. Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea. Mail: mariadolores.bollo@ehu.eus. Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación PID2019-108253RB-C31, *Regímenes de facto, desterritorialización de las obligaciones de los Estados y consecuencias para la seguridad, dignidad humana y sostenibilidad*. Todas las páginas web citadas en el presente trabajo han sido consultadas por última vez el 18 de septiembre de 2024.

existing tensions over the claims of different States in the South China Sea, tensions that the Philippines brought a lawsuit against the Chinese State and that were “resolved” by means of a disputed arbitration award, which interpreted precisely the notions that are the object of study in this paper. We are referring to the notions of low tide elevation, rock and island, notions that were in need of careful study, since, even though more than four decades have passed since the adoption of the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS), international jurisprudence had passed over them until then and the doctrine had not and has not reached a true consensus on their interpretation. The uncertainty is even greater when any of these natural marine features are the object of engineering works to build on them –although also outside them– structures, installations or artificial islands, questioning then the status of the features and the spaces to which it would be entitled, as well as who can build them, in what maritime space and for what purposes.

The conclusions to be drawn are of interest beyond the specific case, since the extraordinary evolution of technology makes it possible today to carry out engineering works that were unimaginable at the time of the adoption of the Montego Bay Convention, works that are sometimes absolutely necessary to cope with the rise in sea level as a result of climate change and thus prevent the gradual disappearance of certain features; on other occasions, works freely decided by the States to take advantage of the new possibilities offered by the marine environment, such as the production of energy from the seas and oceans, or the construction of artificial islands for various purposes, from residential to strictly military purposes.

PALABRAS CLAVE: *Elevación en bajamar, isla, roca, isla artificial, instalación, estructura, mar territorial, zona económica exclusiva, plataforma continental, alta mar, zona internacional de los fondos marinos y oceánicos*

KEY WORDS: *Low tide elevation, island, rock, artificial island, installation, structure, territorial sea, economic exclusive zone, continental shelf, high sea, international seabed and oceanic area*

I. INTRODUCCIÓN

Por muy diversas razones el mar es, desde hace ya más de un siglo, un espacio codiciado por los Estados. Es, obviamente, una fuente de recursos, vivos y no vivos, presentes tanto en la columna de agua como en el lecho y en el subsuelo marino, pero es, también, una vía de comunicación de primer orden en una economía globalizada e interdependiente en la que el 80% del comercio internacional de mercancías es transportado por vía marítima, razones más que suficientes para afirmar que el medio marino tiene un valor económico y geoestratégico de primer nivel.

La Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (en adelante CNUDM), la conocida como Convención de Jamaica o de Montego Bay, adoptada en 1982, es hoy día el principal marco de referencia para determinar los derechos y las obligaciones de los Estados en los distintos espacios marítimos. No obstante, han transcurrido algo más de cuatro décadas desde que se adoptara la *Constitución de los Océanos*¹, tiempo en el que se ha tenido ocasión de esclarecer el alcance de muchas de sus disposiciones. Otras, sin embargo, podría decirse que permanecen aún envueltas bajo un halo de imprecisión, de ahí que hayamos considerado necesario realizar un estudio detenido de algunas de ellas.

Tal sería el caso de las disposiciones dedicadas a la definición de las nociones elevaciones en bajamar, islas y rocas, por un lado, e, instalaciones, estructuras e islas artificiales, por otro. Es

1 United Nations Office of Legal Affairs, Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea, *The United Nations Convention on the Law of the Sea (A historical perspective)*, (1998), disponible en http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/convention_historical_perspective.htm

evidente que unas y otras presentan problemas y consideraciones de distinto tipo, pero nuestro interés por abordarlas de manera conjunta encuentra su razón ser en la situación creada por China, quien en los últimos lustros lleva realizando una práctica que podríamos denominar de expansión territorial en el sur del mar que lleva su mismo nombre. Y es que, por un lado, el gigante asiático está reclamando como propias distintas formaciones marinas a las que atribuye unilateralmente el estatuto de islas, para proceder a continuación a proclamar los espacios marítimos que, de conformidad con la CNUDM, se derivan de tal condición, en oposición a las tesis de otros Estados vecinos que cuestionan no solo la soberanía china sobre algunas de tales formaciones, sino el estatuto jurídico atribuido a las mismas. Pero es que, además, China está llevando a cabo una práctica ciertamente inquietante en esa misma área del mar, consistente en construir estratégicamente toda una serie de instalaciones, estructuras o, incluso, islas artificiales sobre la base de lo que podrían ser consideradas elevaciones en bajamar o rocas –pero también al margen de ellas–, con un propósito indisimulado de establecer sobre ellas construcciones que sirvan para alojar pistas de despegue y aterrizaje, hangares para aviones de combate o para artillería pesada, puertos de abrigo para sus buques de guerra, así como instalaciones de radar, entre otras cosas². Cuando todo ello se lleva a cabo sobre la base de formaciones marinas preexistentes unas nociones y otras se entrelazan, de ahí que hayamos decidido estudiarlas separadamente y analizar a continuación el estatuto que adquieren tras la intervención humana sobre las mismas o si, por el contrario, este no varía por tal circunstancia.

La situación de tensión en el Mar de China llegó a tal punto que Filipinas decidió someter la controversia a un tribunal arbitral, que se constituyó conforme al Anexo VII de la CNUDM, y que concluyó con la adopción, por unanimidad³, de un Laudo⁴ que el Estado demandado, China, no reconoce, pues ni siquiera participó en el procedimiento⁵. Ese Laudo, aunque criti-

2 Ya en la actualidad son habituales las acusaciones mutuas entre Pekín y Washington de estar militarizando el Mar de China: este último Estado ha incrementado exponencialmente la construcción de islas artificiales e instalaciones con fines militares y Estados Unidos ha elevado considerablemente la presencia de sus buques y aeronaves que patrullan, sobrevuelan y llevan a cabo ejercicios militares en esa misma área geográfica. La acción de la armada estadounidense se enmarca dentro del que se denominó “Freedom of Navigation Program” que pretende desafiar la presión china de reducir el tráfico internacional por el Mar del Sur de China. Para ver la perspectiva china de tales políticas: ZHANG, X., “The latest Developments of the US Freedom of Navigation Programs in the South China Sea: Deregulation or Re-balance?”, *Journal of East Asia & International Law*, 2016, Vol. 9-1, pp. 167-182, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3248834. Para ver la perspectiva de Estados Unidos: PEDROZO, R., “Military Activities in the Exclusive Economic Zone: East Asia Focus”, *International Law Studies*, Vol. 90, 2014, pp. 512-543.

3 Los árbitros que conformaron el tribunal arbitral fueron los Magistrados Thomas A. Mensah (Ghana), Jean Pierre Cot (Francia), Stanislaw Pawlak (Polonia), Rüdiger Wolfrum (Alemania) y el Profesor H.A. Soons (Países Bajos).

4 *The Republic of the Philippines v. The People’s Republic of China, The South China Sea Arbitration*, Award of 12 July 2016 (en adelante, el Laudo), disponible en <https://docs.pca-cpa.org/2016/07/PH-CN-20160712-Award.pdf>.

5 Por primera vez un Estado Parte en la CNUDM (China) no participa en un procedimiento derivado del mecanismo de arreglo de controversias previsto en la Convención. Sin embargo, hizo público un documento en el que vino a denunciar la ilegitimidad del arbitraje: “Position Paper of the Government of the People’s Republic of China on the Matter of Jurisdiction in the South China Sea Arbitration Initiated by the Republic of Philippines”, de 7 de diciembre de 2014, disponible en <https://www.fmprc.gov.cn/nanhai/eng/>

cado por un sector de la doctrina⁶, nos podrá servir como marco de referencia para abordar el estudio de las nociones a las que nos hemos referido, pues, por unos motivos u otros, no habían sido abordadas en profundidad por la jurisprudencia internacional hasta entonces, sin que exista, tampoco, un consenso en torno a ellas en la doctrina internacionalista. Debemos advertir, sin embargo, que éste no es un trabajo que pretenda abordar todas y cada una de las cuestiones que el laudo plantea, sino única y exclusivamente aquellos aspectos del mismo que sirvan para esclarecer las nociones en las que hemos puesto el foco y cuyo interés tiene un alcance más allá del caso concreto.

Y es que hay otros Estados que están interviniendo, igualmente, sobre distintas formaciones marinas, no tanto por un afán expansionista, sino por otros motivos: por un lado, por pura supervivencia, pues, como es bien conocido, el fenómeno del cambio climático repercute también sobre el medio marino, ya que el deshielo provocado por el aumento de la temperatura está elevando al propio tiempo el nivel del mar, afectando de modo particularmente alarmante a Estados insulares y archipelágicos⁷. Es una realidad que un importante número de islas que conforman el territorio soberano de distintos Estados se encuentran amenazadas de verse sumergidas bajo las aguas de mares y océanos; tal sería el caso, por ejemplo, de algunas islas deshabitadas de Kiribati o de Maldivas⁸. Ello está provocando que los Estados que se

[snhwtlcwj_1/201606/t20160602_8527277.htm](https://www.fmprc.gov.cn/nanhai/eng/snhwtlcwj_1/201606/t20160602_8527277.htm). De la misma forma, el gobierno chino publicó un informe sobre su posición respecto al laudo dictado el 12 de julio de 2016, “Statement of the Ministry of Foreign Affairs of the People’s Republic of China on the Award of 12 July 2016 of the Arbitral Tribunal in the South China Sea Arbitration Established at the Request of the Republic of the Philippines”, disponible en https://www.fmprc.gov.cn/nanhai/eng/snhwtlcwj_1/201607/t20160712_8527294.htm.

- 6 EISEMANN, P.M., “Qu’est-ce qu’un rocher au sens de la Convention de Montego Bay de 1982? Observations sur la sentence arbitrale du 12 juillet 2016 relative à la mer de Chine méridionale (*Philippines c. Chine*)”, *Révue Générale de Droit International Public*, 2020-1, pp. 7-39. Muy críticos también NORDQUIST, M. H., “UNCLOS Article 121 and Itu Aba in the South China Sea Final Award: a correct interpretation?”, en JAYAKUMAR, S., KOH, T., BECKMAN, R., DAVENPORT, DT., PHAN, H.D., (Eds.), *The South China Sea Arbitration: The Legal Dimension*, US Center for International Law Series, 2018, pp. 176-204; TALMON, S., “The South China Sea Arbitration: Observations on the Award of 13 July 2016”, *Bonn Research Papers on Public International Law*, Paper N° 14/2018, 17 de mayo de 2018.
- 7 En la actualidad son 22 los Estados que reclaman para sí su condición de Estados archipelágicos: Antigua y Barbuda, Bahamas, Cabo Verde, Comores, República Dominicana, Fidji, Granada, Indonesia, Jamaica, Kiribati, Maldivas, Islas Marshall, Mauricio, Papúa Nueva Guinea, Filipinas, Santo Tomé y Príncipe, Seychelles, Islas Salomon, San Vicente y las Granadinas, Trinidad y Tobago, Tuvalu y Vanuatu. Ver BAUMERT, K, MELCHIOR, B., “The Practice of Archipelagic States: A Study of Studies”, *Ocean Development and International Law*, 2015, Vol. 46, pp. 60-80, disponible en https://cil.nus.edu.sg/wp-content/uploads/2015/10/baumert-melchior_archipelagic_states_-_odil_2015_.pdf
- 8 Cfr. GAGAIN, M., “Climate Change, Sea Level Rise, and Artificial Islands: Saving the Maldives’ Statehood and Maritime Claims Through the ‘Constitution of the Oceans’”, *Colo. J. Int’l Envtl. L. & Pol’y*, Vol. 23:1, pp. 77-120; McADAM, J., “Disappearing States’, Statelessness and the boundaries of International Law”, *UNSW Law Research Paper* N° 2010-2, disponible en <https://www.ilsa.org/jessup/jessup13/Disapearing%20States,%20Jane%20McAdam.pdf>; TSALTAS, G., BOURTZIS, T., RODOTHEATOS, G., “Artificial islands and structures as a means of safeguarding state sovereignty against sea level rise. A law of the sea perspective”, paper presentado en el 6° Advisory Board on the Law of the Seas (ABLOS) Conference, Monaco 25-27 octubre 2010, disponible en <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=355025009087122070127004083118073067014057084078086094127025005>

encuentran en estas circunstancias estén decidiendo la adopción de medidas para “reforzar” sus islas, con el fin de impedir que el crecimiento del nivel del mar las convierta en espacios inhabitables, les impida desplegar una actividad económica sostenida, pues cualquiera de tales circunstancias podría convertir formaciones marinas, con el estatuto de islas, en rocas, o incluso en elevaciones en bajamar, con las consecuencias que se derivarían de tal circunstancia para el Estado afectado, más aún si lo que sucede es que la isla llega a desaparecer. Por otro lado, las inmensas posibilidades que el medio marino ofrece en nuestros días hacen que los Estados estén dando rienda suelta a las oportunidades que la CNUDM les ofrece, construyendo estructuras e instalaciones, por ejemplo, para aprovechar la energía procedente de mares y océanos, o construyendo islas artificiales con fines residenciales, recreativos o incluso militares. Es por todo ello por lo que consideramos de interés un estudio detenido conjunto de las nociones abordadas en el presente trabajo.

II. ELEVACIONES EN BAJAMAR, ROCAS E ISLAS: DEFINICIÓN Y RÉGIMEN JURÍDICO

La idea de diferenciar entre los distintos tipos de formaciones marinas para determinar los poderes que éstas proyectan sobre los espacios era ya antigua. Sin embargo, esta cuestión adquirió una importancia notable en la III Conferencia sobre Derecho del Mar cuando se abordó el tema coincidiendo, entre otras cosas, con el reconocimiento que en ella tuvo lugar de un espacio como la zona económica exclusiva. De este modo, la Convención reconoce la existencia de las denominadas “elevaciones en bajamar” (artículo 13), islas y rocas (artículo 121) y establece los espacios marinos a los que cada una de tales formaciones tiene derecho.

1. Elevaciones en bajamar

El artículo 13 de la CNUDM, reflejo del derecho consuetudinario internacional, define *elevación en bajamar* como “una extensión natural de tierra rodeada de agua que se encuentra sobre el nivel de ésta en la bajamar, pero queda sumergida en la pleamar”. La disposición advierte que las elevaciones así definidas pueden ser utilizadas como punto de apoyo para trazar la línea de base si estuvieran a una distancia de la costa no superior a la anchura del mar territorial, no si estuvieran más allá de éste, en cuyo caso, además, carecerían de mar territorial propio. Y es que, según esgrimió Filipinas en el asunto del Mar de China Meridional anteriormente referido, y tal y como aceptó el tribunal, a pesar del uso del término tierra en la

10003110806807210200209700605500711610405210109309302908201700511207300504029104099098115109005028011081092067025102083085069071023118097126006070078025010121109122011080123086114019090091&EXT=pdf; GROTE STOUTENBERG, J., *Disappearing Island States in International Law*, Brill-Nijhoff, 2015; YAMAMOTO, L., ESTEBAN, M., “Vanishing Island States and Sovereignty”, *Ocean & Coastal Management*, 2010, Vol. 53, pp. 1-9, en particular p. 3. Hay quien habla ya de una nueva categoría de Estados, los Estados desterritorializados, Estados que podrían permanecer así transitoriamente por una generación, vid. RAYFUSE, R., “W(h)ither Tuvalu? International Law and Disappearing States”, *University of New South Wales Law Research Studies*, 2009-9, p. 13 disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1412028

descripción física de una elevación de bajamar, tales elevaciones de bajamar no forman parte del territorio terrestre de un Estado en sentido jurídico, sino que forman parte de la masa de tierra sumergida del Estado y entran dentro de los regímenes jurídicos del mar territorial o de la plataforma continental⁹, lo que le lleva a concluir, como hizo la CIJ en los asuntos *Qatar c. Bahrain* y *Nicaragua c. Colombia*, que “the shoals cannot be appropriated, although a coastal State has sovereignty over the shoals located within its territorial sea, since it has sovereignty over the territorial sea itself”¹⁰, a diferencia de las islas que son susceptibles de apropiación. Dado que las elevaciones en bajamar forman parte del mar territorial o la plataforma continental del Estado ribereño, quedan sometidas al régimen jurídico de cada uno de los espacios, razón por la que no pueden tampoco ser apropiadas por un tercero¹¹. Lo mismo ocurriría con una elevación situada más allá de las 200 millas, pues nada cambia respecto de la posibilidad de apropiación o no de la elevación en bajamar¹².

-
- 9 Parágr. 291 y 308 del Laudo. Así las cosas, el Tribunal arbitral calificó, por un lado, a Hughes Reef, Gaven Reef (Sur) y Subi Reef como elevaciones en bajamar situadas en el Mar Territorial de una isla en disputa; por otro lado, concluyó que Mischief Reef y Second Thomas Shoal también eran elevaciones en bajamar situadas en la Zona Económica Exclusiva de Filipinas, por lo que este Estado tiene derechos soberanos sobre ellas, parágr. 697-701 y 1043 del Laudo.
- 10 Parágr. 309 del Laudo. En este mismo sentido, *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Judgment, ICJ Reports 2012, p. 624-641, parágr. 26: “It is well established in international law that islands, however small, are capable of appropriation (see, e.g., *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2001, p. 102, para. 206). By contrast, low-tide elevations cannot be appropriated, although “a coastal State has sovereignty over low-tide elevations which are situated within its territorial sea, since it has sovereignty over the territorial sea itself” (*ibid.*, p. 101, para. 204) and low-tide elevations within the territorial sea may be taken into account for the purpose of measuring the breadth of the territorial sea (see paragraph 182 below)”. En la doctrina, PASTOR PALOMAR, A., “La qualification juridique des formations maritimes dans l’arrêt du 16 mars 2001 (affaire Qatar/Bahreïn), *Révue Générale de droit international public*, 2002, tome 106, n° 2, pp. 329-356; DAVENPORT, T., “Island-Building in the South China Sea: Legality and Limits”, *Asian Journal of International Law*, 8 (2018), pp. 76-90, p. 80; CASADO RAIGÓN, R., “La contribution des juridictions internationales au développement du Droit de la Mer”, *Récueil des Cours de l’Académie de Droit International*, 2023, t. 434, pp. 227-511, p. 475; SCHOFIELD, C., SCHOFIELD, R., “Testing Waters: Charting the Evolution of Claims to and From Low-Tide Elevations and Artificial Islands under the Law of the Sea”, *Asia-Pacific Journal of Ocean and Policy*, 1 (2016), pp. 37-67, en particular pp. 57 y ss.
- 11 Algunos autores consideran que la decisión adoptada en el asunto Eritrea v. Yemen es el único caso en el que un tribunal ha caracterizado a una elevación en bajamar como territorio del Estado, asimilándola a una isla, *Award of the Arbitral Tribunal in the first stage of the proceedings between Eritrea and Yemen (Territorial Sovereignty and Scope of Dispute)*, Decision of 9 October 1998, XXII Reports of International Arbitral Awards, parágr. 527. En este sentido OXMAN, B. H., “International decisions. The Government of the State of Eritrea and the Government of the Republic of Yemen. Award of the Arbitral Tribunal in the First State of the Proceedings”, *American Journal of International Law*, Vol. 93, pp. 668-682, p. 680; TALMON, C., “The South China Sea Arbitration and the Finality of “Final” Awards”, *Bonn Research Papers on Public International Law*, Paper N° 12/2016, 24 november 2016, p. 13; DIPLA, H., “La sentence arbitrale sur la mer de Chine méridionale et le statut des formations insulaires en Droit International”, *Annuaire de Droit de la Mer*, 2018 (Vol 23), pp. 117-154, en particular p. 125; SYMMONS, “Article 13. Low-tide elevations”, en PROELSS, A. (Ed.), *United Nations Convention on the Law of the Sea. A Commentary*, C.H.Beck, Hart, Nomos, 2017, pp. 131-147, en particular, p. 137.
- 12 DAVENPORT, T., “Island-Building in the South China Sea: Legality and Limits”, *op. cit.*, p. 83.

2. Islas y Rocas

La parte VIII de la CNUDM, compuesta de un único artículo, el artículo 121, y que lleva por título “Régimen de las islas”, define en su primer párrafo la noción de *isla*, entendiendo por tal “una extensión natural de tierra, rodeada de agua, que se encuentra sobre el nivel de ésta en pleamar”, circunstancia, esta última, que diferencia claramente, al menos sobre el papel, una isla de una “simple” elevación en bajamar. Por tanto, toda extensión natural de tierra, rodeada de agua y que se encuentre sobre el nivel del mar con marea alta es una isla¹³, tal y como ya había quedado fijado –en exactos términos– en el artículo 10 de la Convención sobre mar territorial y zona contigua adoptada en 1958¹⁴.

A continuación, el párrafo 2º del artículo 121 reconoce que, salvo lo dispuesto en el párrafo siguiente, toda isla ostenta el derecho a disfrutar de los mismos espacios marítimos que otras extensiones terrestres. No obstante, a modo de excepción respecto de lo que podríamos considerar la regla general establecida en el párrafo 2º¹⁵, el párrafo 3º establece que “las rocas no aptas para mantener habitación o la vida económica propia no tendrán derecho a zona económica exclusiva ni a plataforma continental”. O lo que es lo mismo, aún reuniendo lo requisitos de ser una extensión natural de tierra totalmente rodeada de agua, que siempre emerge en pleamar, determinadas islas podrían no tener derecho a zona económica exclusiva ni a plataforma continental por tratarse de rocas “no aptas para mantener habitación humana o vida económica propia”¹⁶.

La redacción a la que nos acabamos de referir fue el resultado de la fórmula de compromiso a la que se llegó en abril de 1975, aunque desde entonces hasta la definitiva adopción del texto del tratado hubo distintas propuestas de modificación del mismo, propuestas, en unos casos, destinadas a limitar los derechos de los Estados que poseían islas, en otros, con el objetivo claro de intentar que todo tipo de formaciones marinas rodeadas de agua, con independencia de cual-

13 Sin embargo, la distinción no es tan automática, puesto que, como ha señalado Casado, no existe un sistema de referencia que sirva para definir los niveles de marea alta: “Il n’y a pas de règle dans la CNUDM ou dans le droit international coutumier qui oblige à déterminer le statut d’une formation marine selon un système donné”, por lo que los Estados son libres de reivindicar la condición de isla en base al sistema que consideren oportuno y que corresponda “raisonnablement au sens ordinaire de l’expression marée haute reprise dans les articles 13 et 121 de la Convention”, CASADO RAIGÓN, R., “La contribution des juridictions internationales au développement du Droit de la Mer”, *op. cit.*, p. 471.

14 No obstante, de conformidad con las Convenciones de Ginebra de 1958 todas las islas quedaban sometidas al mismo régimen, un régimen según el cual todas podían disfrutar de su propio mar territorial y de su plataforma continental (artículo 1 de la Convención de Ginebra sobre plataforma continental, de 29 de abril de 1958).

15 En este sentido, parágr. 390 Laudo. En la doctrina, SHENG-TI GAU, Michael, “The Interpretation of Article 121(3) of UNCLOS by the Tribunal for the South China Sea Arbitration: A Critique”, *Ocean Development & International Law*, 2019, Vol. 50, Nº 1, pp. 49-69, pp. 49, 56-57; TANAKA, Y., “Reflections on the Interpretation and Application of Article 121(3) in the South China Sea Arbitration (Merits)”, *Ocean Development & International Law*, 2017, Vol. 48, Nº 3-4, pp. 365-382, p. 366.

16 La literalidad del artículo en su versión en inglés es: “Rocks which cannot sustain human habitation or economic life of their own shall have no exclusive...”. El texto en su versión francesa establece: “Les rochers qui ne se prêtent pas à l’habitation humaine ou à une vie économique propre...”

quier criterio, tuvieran derecho a los mismos espacios marinos que el territorio continental¹⁷. Sin embargo, las negociaciones se desarrollaron con un espíritu de consenso (*package deal*¹⁸) que se mantuvo hasta el final en un intento de evitar poner en riesgo el acuerdo, lo que provocó que en ocasiones el resultado fuera el de textos “poco negociados y opacos”¹⁹ haciendo uso de eso que se denomina “ambigüedad constructiva”. La denominada por Kolb como “caja de Pandora”²⁰ del artículo 121.3 de la CNUDM ha permanecido por muchos años cerrada, pues los tribunales han evitado precisar su alcance en las distintas controversias en las que la citada disposición hubiera podido ser objeto de interpretación. En este sentido, resulta muy ilustrativo el repaso que Franc-kx²¹ o Eisemann²² realizan a distintos asuntos resueltos por diversos órganos jurisdiccionales, asuntos todos ellos en los que, por un motivo u otro, los tribunales han entendido que no era necesario analizar el alcance del artículo 121²³. Fue precisamente el tribunal arbitral que dictó sentencia en el asunto del Mar de China Meridional el que decidió abrir la caja de Pandora, tal y como vamos a tener ocasión de analizar en las páginas que siguen a continuación.

Como punto de partida debemos señalar que el término roca aparece en una sola ocasión en la Convención de 1982 y la única vez en la que lo hace –artículo 121.3– no va acompañado de una definición que aporte seguridad jurídica. No obstante, atendiendo a lo dispuesto en el artículo cuyas líneas generales se acaban de esbozar, se puede afirmar que las rocas son un tipo de islas que, de reunir ciertas características, esto es, no tener capacidad para sostener la habitación humana y/o para tener vida económica propia –lo veremos más adelante–, carece-

-
- 17 Para ver las propuestas realizadas en el proceso de negociación de la disposición, vid. por ejemplo, TALMON, S., “The South China Sea Arbitration: Observations on the Award of 13 July 2016”, *op. cit.*, pp. 76-81.
- 18 En palabras de Matz-Lück, “The Convention is a package in more than one respect. It is a reflection of different interests, asymmetrical powers, customary law, and new concepts... There is a compromise in all the different subjects that have been regulated. Some compromises are obvious, and some are more disguised as parts of the famous, infamous ‘package deal’ that tied together otherwise unrelated subjects”, MATZ-LÜCK, N., “Peace Through Law? The Role of the Law of the Sea Convention Put into Question”, en BAADE, B. et al. (Eds.), *Cynical International Law?*, Springer, 2021, pp. 163-173, en particular, p. 168.
- 19 CASADO RAIGÓN, R., “La contribution des juridictions internationales au développement du Droit de la Mer”, *op. cit.*, p. 452. FRANCKX, E., “The Arbitral Tribunal’s interpretation of paragraph 3 in Article 121: a first but important step forward”, en JAYAKUMAR, S., KOH, T., BECKMAN, R., DAVENPORT, DT., PHAN, H.D., (Eds.), *The South China Sea Arbitration: The Legal Dimension*, NUS Center for International Law Series, 2018, pp. 154-175, en particular p. 159.
- 20 KOLB, R. “L’interprétation de l’article 121, paragraphe 3, de la Convention de Montego Bay sur le droit de la mer: les ‘rochers’ qui ne se prêtent pas pa l’habitation humaine ou à une vie économique propre..”, *Annuaire Français de Droit International*, t. 40, 1994, pp. 876-909, en particular pp. 899 y ss.
- 21 FRANCKX, E., “The Arbitral Tribunal’s interpretation of paragraph 3 in Article 121: a first but important step forward”, *op. cit.*, pp. 159-164.
- 22 EISEMANN, P.M., “Qu’est-ce qu’un rocher au sens de la Convention de Montego Bay de 1982. Observations sur la sentence arbitrale du 12 juillet 2016 relative a la mer de Chine Meridionnelle (Philippines c. Chine)”, *op. cit.*, pp. 8 a 10; TANAKA, Y., “Reflections on the Interpretation and Application of Article 121(3) in the South China Sea Arbitration (Merits)”, *op. cit.*, pp. 374-376.
- 23 Si bien de la sentencia dictada por la CIJ en el asunto Nicaragua c. Colombia cabría afirmar la naturaleza consuetudinaria del artículo 121 en su totalidad, autores como NORDQUIST (NORDQUIST, M. H., “UNCLOS Article 121 and Itu Aba in the South China Sea Final Award: a correct interpretation?”, *op. cit.*, p. 177) o REMIRO BROTONS, tienen una opinión distinta. Así, este último autor señaló en relación al párrafo 3º del artículo 121 lo siguiente: “dado su carácter innovador, no codificador, sólo las partes se obligan por esta disposición”, REMIRO BROTONS y otros, *Derecho Internacional. Curso General*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 535.

rían de los espacios reconocidos a las islas con carácter general²⁴. Ahora bien, ¿qué es lo que determina que una formación marina sea considerada isla, con derecho a todos los espacios, o que sea una roca? Como con gran elocuencia señaló Remiro Brotóns, la calificación como isla o como roca “no es una operación científica hecha desde el guindo de la inocencia; por el contrario, está transida de intereses geoestratégicos y económicos”²⁵. Por ello, vamos a analizar los distintos elementos que podrían ayudar a adoptar criterios objetivables con el fin de evitar en la medida de lo posible la arbitrariedad en la calificación.

A. COMPOSICIÓN Y EXTENSIÓN

Con independencia de la idea que, casi de manera automática, genera el término roca, el tribunal arbitral en el asunto del Mar de China Meridional, siguiendo la posición mantenida por Filipinas, afirmó que el artículo 121.3 no pretendía predeterminedar la composición geológica o geomorfológica de estas formaciones marinas, llegando a señalar que podrían estar compuestas de agregados de minerales, de materia orgánica, pudiendo ser variable la dureza de la composición, pues incluso podrían estar conformadas por materiales blandos como las arcillas²⁶. Para llegar a tal afirmación, el tribunal recurrió al diccionario de inglés de Oxford, que señala que las mismas pueden estar formadas por “aggregates of minerals... and occasionally also organic materials such as clays”. Sin embargo, si se recurre al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española se puede apreciar que define roca de una manera no coincidente con la del diccionario inglés pues, en su primera acepción, la define como “piedra, o vena de ella, muy dura y sólida” para añadir en acepciones posteriores la idea de “2. Peñasco que se levanta en la tierra o en el mar. 3. Cosa muy dura, firme y constante. 4. Material sólido de origen natural formado por una asociación de minerales o por uno solo que constituye una parte importante de la corteza terrestre”. Una definición, como se puede observar, más restrictiva o menos flexible –pues las distintas acepciones nos remiten a una composición sólida, dura, en una línea similar al diccionario francés Le Robert– que la contenida en el diccionario inglés anteriormente mencionado²⁷.

24 Así lo reconoce el propio tribunal arbitral en el parágr. 481 del Laudo: “Within Article 121, rocks are a category of island”. En el mismo sentido, GJETNES, M. “The Spratlys: Are They Rock or Islands?”, *Ocean Development & International Law*, 2001, Vol. 32, pp. 191-204, N° 2, p. 193; KOLB, R. “L’interpretation de l’article 121, paragraphe 3, de la Convention de Montego Bay sur le droit de la mer: Les rochers qui ne se prêtent pas à l’habitation humaine ou à une vie économique propre...”, *op. cit.*, p. 904. Sin embargo, tal y como advirtió Cheng-ti Gau, el tribunal ignoró la referencia incluida en el párrafo 2, es decir, la frase “Salvo lo dispuesto en el párrafo 3...”. En su opinión “Ignoring the first seven words of paragraph 2, the two disqualifying conditions under paragraph 3 were transformed from the conditions for the exception into the limitations to the general rule. Blurring the line between the rule and the exception thus facilitated a process that subjected an island under paragraphs 1-2 to the disqualifying conditions under paragraph 3 before deciding if that island has an EEZ and continental shelf”, CHENG-TI GAU, Michael, “The interpretation of Article 121(3) of UNCLOS by the Tribunal for the South China Sea Arbitration: A Critique”, *Ocean Development & International Law*, 2019, Vol. 50-1, pp. 49-69, en particular p. 63.

25 REMIRO BROTONS y OTROS, *Derecho Internacional. Curso General*, *op. cit.*, p. 535.

26 Parágr. 479 del Laudo.

27 En la misma línea que el diccionario español va la definición contenida en el Dictionnaire de l’Académie Française: “1. Bloc de pierre brute, généralement abrupt et isolé, de taille variable.; 2. Matière minérale, compacte et très dure...”

Además, para interpretar el término roca como lo hizo, el tribunal arbitral se apoyó en lo que había afirmado la sentencia dictada por la CIJ en el asunto *Nicaragua c. Colombia*. Y es que, a tal fin, se remitió a un párrafo de la sentencia que afirmaba lo siguiente: “International law defines *an island* by reference to whether it is ‘naturally formed’ and whether it is above water at high tide, not by reference to its geological composition . . . The fact that the feature is composed of coral is irrelevant”²⁸. Ahora bien, como se puede advertir, el párrafo de la sentencia no se está refiriendo específicamente a las rocas cuando señala que la composición de estas es irrelevante sino que se está refiriendo a la categoría general, más amplia, de islas. Es la composición de las islas la que según ese párrafo resulta irrelevante, porque lo relevante es que se haya formado naturalmente. En el marco de la CNUDM, toda roca es una isla, pero no todas las islas son rocas, de ahí que intercambiar los términos, como si de una misma cosa se tratara, no sería a nuestro juicio correcto, y, en puridad, el párrafo citado no dice que la composición de las rocas sea irrelevante²⁹. Sin embargo, el Tribunal arbitral en el asunto del Mar de China Meridional señaló a renglón seguido que una interpretación estricta del término roca llevaría a un resultado –que calificó de absurdo– según el cual cualquier “feature” que quede al descubierto en marea alta, ya esté formada por arena, lodo, grava o coral, independientemente de cualquier otra característica, generaría siempre derechos marítimos ampliados, incluso si fuera incapaz de sustentar la habitación humana o una vida económica propia. En opinión del Tribunal arbitral, tales “features” serían más efímeras que una roca geológica, podrían cambiar de ubicación, incluso aparecer y desaparecer como resultado de las condiciones a lo largo del tiempo. Por ello, concluyó afirmando, no sin razón, que un criterio geológico “would thus accord greater entitlements to less stable and less permanent features. This cannot have been the intent of the Article”³⁰.

Por otro lado, cabe plantear si la extensión de la formación marina puede ser un criterio para determinar su condición de isla o roca. El tribunal arbitral en el asunto *Filipinas c. China* señaló que “size cannot be dispositive of a feature’s status as a fully entitled island or rock and is not, on its own, a relevant factor”³¹. Para no llevarnos a equívocos, todo parece indicar que la preocupación del tribunal no era tanto el tamaño mínimo que debía tener una formación marina para ser una isla sino trasladar la idea de que ésta podía tener una extensión muy grande y no por ello convertirse en isla, pues al margen de su más o menos amplia extensión debería

28 *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Judgment, ICJ Reports 2012*, p. 624-641, párr. 37. La cursiva es nuestra.

29 En todo caso, se ha de reconocer que en ese asunto ambas partes estaban de acuerdo en que “QS 32” era una roca en el sentido del artículo 121.3 de la Convención, *ibid.*, párr. 183.

30 Párr. 481 del Laudo. En esta línea se había manifestado unos cuantos años antes GJETNES, M., “The Spratlys: Are They Rocks or Islands”, *Ocean Development & International Law*, 2001, Vol. 32, pp. 191-204, en particular p. 193; CASADO RAIGÓN, R., “La contribution des juridictions internationales au développement du Droit de la Mer”, *op. cit.*, p. 460.

31 Párr. 538 del Laudo. En el mismo sentido: *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), 2012, I.C.J. Reports*, párr. 37; *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain), Judgment, 2001, I.C.J. Reports*, párr. 185. En la doctrina, en la misma línea, VAN DYKE, J.M. & BROOKS, R.A., “Unhabited Islands: Their Impact on the Ownership of the Oceans Resources”, *Ocean Development and International Law Journal*, Vol. 12, N° 3-4, 1983, pp. 265-300, en particular p. 286.

cumplir los requisitos contenidos en el artículo 121.3³². Eisemann, sin embargo, apuntó que “en recourant au terme de ‘rocher’, le texte instituait implicitement un critère de superficie qui excluait les îles ‘ordinaires’ ainsi que les îlots (par définition plus petits que les îles) pour s’en tenir à l’émergence la plus réduite”. Y aclara aún más, “Dès lors, on pourrait penser (...) que la formule ‘qui ne se prêtent pas à l’habitation humaine ni à une vie économique propre’ n’est qu’un simple élément descriptif visant une émergence de taille nécessairement réduite”³³. Por su parte, Casado afirmó que la elección de la palabra “roca” no fue casual, y en la misma línea que Eisemann defendió que con ello se trataba de limitar la aplicación de la excepción a las formaciones más pequeñas. No obstante, apuntó que no existen pruebas claras que apoyen tal interpretación si se toman en consideración los trabajos preparatorios³⁴, dándose la circunstancia, además, de que ni la jurisprudencia avala con claridad esa tesis ni tampoco lo hace la práctica, como luego tendremos ocasión de analizar³⁵.

B. “APTITUD PARA”

Dejando a un lado la cuestión de la composición y de la extensión, lo cierto es que el párrafo 3 del artículo 121 señala que son “las rocas no aptas para mantener habitación humana o vida económica propia” ..., —o en su versión en inglés “the rocks which can no sustain human habitation or economic life of their own”, o en su versión en francés “les rochers qui ne se prêtent pas à l’habitation humaine ou à une vie économique propre”— las que carecerían del derecho a tener espacios marítimos propios. Ello nos lleva, como hizo el tribunal arbitral, a tener que interpretar el sentido de las expresiones “habitación humana” y “vida económica propia”, y a esclarecer, además, si son requisitos alternativos o acumulativos³⁶. Sin embargo, consideramos

32 TANAKA, Y., “Reflections on the Interpretation and Application of Article 121(3) in the South China Sea Arbitration (Merits)”, *op. cit.*, p. 370.

33 EISEMANN, P.M., “Qu’est-ce qu’un rocher au sens de la Convention de Montego Bay de 1982? Observations sur la sentence arbitrale du 12 juillet 2016 relative à la mer de Chine méridionale (*Philippines c. Chine*)”, *op. cit.*, p. 25. En esa misma línea, Talmon ha señalado que “The drafters of Article 121(3) UNCLOS considered geology and size determinative of the status of high-tide features”, TALMON, S., “The South China Sea Arbitration: Observations on the Award of 13 July 2016”, *op. cit.*, parágr. 162.

34 CASADO RAIGÓN, R., “La contribution des juridictions internationales au développement du Droit de la Mer”, *op. cit.*, p. 452-453. En la línea de considerar que los trabajos preparatorios no son concluyentes, PICHEL, C., “The Interpretation of Article 121(3) of UNCLOS in the 2016 South China Sea Arbitration Award”, *El Orden Jurídico Internacional en el Siglo XXI. Estudios en Honor del Profesor Marcelo Gustavo Cohen*, Brill/Nijhoff, 2023, p. 886.

35 *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, *op. cit.*, parágr. 37: “...The fact that QS 32 is very small does not make any difference, since international law does not prescribe any minimum size which a feature must possess in order to be considered an island. Accordingly, the Court concludes that the feature referred to as QS 32 is capable of appropriation”.

36 Y es que tal y como ya puso de manifiesto REMIRO BROTONS, los términos empleados en la disposición son “abono para la controversia”, REMIRO BROTONS y otros, *Derecho Internacional. Curso General*, *op. cit.*, p. 535. Para ver un estudio específico sobre el particular, cfr. CHARNEY, J.I., “Rocks that Cannot Sustain Human Habitation”, *American Journal of International Law*, 1999, Vol. 93, p. 863; KWIATKOWSKA, B., SOONS, A.H.A., “Entitlement to Maritime Areas of Rocks Which Cannot Sustain Human Habitation or Economic Life of Their Own”, *Netherlands Yearbook of International Law*, 1990, Vol. 21, pp. 139-181, en particular p. 142; PÖLSTER, C., “The legal status of rocks”, Research Proposal,

necesario interpretar antes esos términos en el contexto general de la frase –cosa que no hizo el tribunal arbitral–, es decir, interpretar el sentido que ha de dársele al inicio de la frase “las rocas no aptas” –“the rocks which can no sustain” o “le rochers qui ne se prêtent pas à”–. Y es que, según la literalidad del artículo 121.3 de la CNUDM, son “las rocas no aptas para” (y no “las islas no aptas para”), las que carecen de espacios propios.

El sentido corriente del inicio de la frase –tanto si tomamos la versión en español, pero quizás más claramente aún si tomamos la versión en inglés o en francés– nos lleva a la idea según la cual son las rocas que no son aptas, es decir, que no se prestan o que no tienen capacidad para lo que la disposición indica, las que no tienen los mismos espacios marítimos que el territorio continental. Ello podría llevar a afirmar que las rocas que sí tienen tales capacidades sí dispondrían de ellos³⁷. Lo cierto es que el tribunal arbitral en el asunto del Mar de China Meridional sustituye en todo su razonamiento el término isla por el término “high tide elevation” o elevación en pleamar, para reclasificar a continuación éstas, distinguiendo entre, por un lado, aquellas “high tide elevation” que tendrían la consideración de isla por reunir los requisitos de tener capacidad para sostener la vida humana y/o la vida económica propia y por otro lado, aquellas “high tide elevation” que tendrían la consideración de roca por carecer de tales atributos. De este modo, el tribunal arbitral exigió someter a todas las islas al test del párrafo 3 del artículo 121, algo que ha sido criticado por autores como Sheng-ti Gau³⁸ o Dipla³⁹, pues, en su opinión, en atención al texto de la disposición, solo a las rocas les serían exigibles, bien una, bien ambas características. En sentido contrario, se manifestó Casado, cuya opinión compartimos, pues afirmó que el factor determinante para la aplicación de la excepción prevista en el párrafo 3 del artículo 121 no es la denominación particular –roca, isla, islote, cayo...–, ni la composición ni el tamaño de la formación marina, sino si realmente esta tiene o no capacidad para la habitación humana y/o vida económica propia⁴⁰, algo que parece desprenderse de lo dispuesto en la sentencia dictada por la CIJ en el asunto que enfrentó a Costa Rica y Nicaragua, relativo a la delimitación marítima en el mar del Caribe y en el Océano Pacífico⁴¹.

2016, disponible en https://backend.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/s_rechtswissenschaft/Doktoratstudium_PhD/Expose1/Voelkerrecht/The_Legal_Status_of_Rocks.pdf;

- 37 En este sentido, según Talmon habría tres categorías de “islands”: rocas que no puede sostener vida humana ni una vida económica propia; rocas que sí pueden sostener bien una, bien otra o bien las dos y, finalmente, todas las demás islas. Solo las primeras carecerían de zona económica exclusiva y plataforma continental, TALMON, S., “The South China Sea Arbitration: Observations on the Award of 13 July 2016”, *op. cit.*, p. 80.
- 38 SHENG-TI GAU, M., “The Interpretation of Article 121(3) of UNCLOS by the Tribunal for the South China Sea Arbitration: A Critique”, *op. cit.*, pp. 63 y ss.
- 39 DIPLA, H., “La sentence arbitrale sur la mer de Chine méridionale et le statut des formations insulaires en Droit International”, *op. cit.*, p. 134.
- 40 CASADO RAIGÓN, R., “La contribution des juridictions internationales au développement du Droit de la Mer”, *op. cit.*, p. 460.
- 41 *Délimitation maritime dans la mer des Caraïbes et l’océan Pacifique (Costa Rica c. Nicaragua)*, CIJ Recueil 2018, párr. 113 y 140: “140. La Cour conclut qu’il y a lieu, aux fins de la construction de la ligne d’équidistance provisoire, de placer des points de base sur les îles du Maïs. Ces îles ayant une population importante et se prêtant à une vie économique, elles satisfont largement aux critères énoncés à l’article 121 de la CNUDM pour qu’une île puisse générer une zone économique exclusive et un plateau continental”.

Si bien autores como Van Dyke, Morgan, Gurish⁴² o Kolb⁴³ han afirmado que, en realidad, vida económica propia y habitación humana hacen referencia a una misma idea, lo cierto es que el tribunal arbitral interpretó siquiera formalmente sendas nociones de manera separada, razón por la cual vamos a proceder de ese mismo modo.

C. “HABITACIÓN HUMANA”

Comenzando por la primera de las características, la aptitud para mantener “habitación humana” hace referencia a la idea de habitabilidad, es decir, a un espacio en el que los seres humanos pueden vivir, un espacio apto, capaz, o que se presta a la vida de las personas. Ahora bien, como señalaba Hayashi, los escenarios que se pueden presentar son muy variados: desde situaciones en las que hubo residentes en el pasado, pero ya no existan en el presente, supuestos de residencia temporal pero no permanente, o situaciones en las que quizás no existan habitantes en la actualidad pero pudiera haberlos en el futuro en función de un cambio en las circunstancias⁴⁴.

En el asunto del Mar de China Meridional, el tribunal arbitral advirtió que el artículo 121.3 nos remite a la idea de “capacidad”, por lo que no se trata de saber si realmente la roca sustenta habitación humana en el momento en que se realiza la evaluación de la situación, sino de si sería objetivamente apta para ello. El laudo afirmó, sin embargo, a renglón seguido, entrando en cierta contradicción, que el hecho de que una extensión de tierra, rodeada de agua, que emerja incluso en marea alta, no haya tenido habitantes nunca en el pasado podría ser un elemento a favor de su consideración como espacio inhabitable; y a la inversa, el hecho de que en el pasado hubiera habido una población estable, podría ser un indicio de que es un entorno susceptible de ser habitado⁴⁵. En todo caso, a nuestro juicio, debe evaluarse la capacidad y no la tenencia o no de habitantes en un momento dado.

En relación con la estabilidad de la presencia de habitantes, el laudo elevó el listón, pues señaló que el término “habitación” implica una presencia no transitoria de personas que han decidido permanecer y residir en el lugar de forma estable, descartando como tal la presencia temporal de pescadores o de personal militar, por ejemplo⁴⁶. Además, habitación humana requeriría, según el tribunal arbitral, “unas condiciones lo suficientemente propicias para la vida y los medios de subsistencia humanos como para que las personas habiten el lugar, en vez de

42 VAN DYKE, J.M., MORGAN, J.R., y GURISH, J., “The Exclusive Economic Zone of the Northwestern Hawaiian Islands: When do Uninhabited islands Generate an EEZ?”, *San Diego Law Review*, 1988, Vol. 25, pp. 425-294, en particular, p. 437.

43 KOLB, R. “L’interprétation de l’article 121, paragraphe 3, de la Convention de Montego Bay sur le droit de la mer: Les rochers qui ne se prêtent pas à l’habitation humaine ou à une vie économique proper...”, *op. cit.*, p. 906.

44 HAYASHI, M., “International Legal Regime regarding Islands and Rocks”, *The SPF Review of Islands Studies 2021*, disponible en <https://www.spf.org/islandstudies/research/a00025.html>, p. 7.

45 Parágr. 483 y 484 del Laudo.

46 Parágr. 618 del Laudo. En ese mismo sentido, GJETNES, Marius, “The Spratlys: Are They Rocks or Islands”, *op. cit.*, p. 196 y VAN DYKE, J.M & BROOKS, R.A., “Uninhabited Islands: Their Impact on the Ownership of the Oceans Resources”, *op. cit.*, p. 288.

limitarse a sobrevivir en él”⁴⁷. De este modo, el tribunal exigió no solo la permanencia en el tiempo, sino lo que podríamos denominar presencia con una determinada calidad de vida. No obstante, el tribunal reconoce que las formas de habitación y sustento varían enormemente de una cultura a otra, por lo que no se debe asumir un modo específico de hacerlo, pero concluye que hay algunos factores que deben permanecer inalterables: “como mínimo, la habitación humana sostenida requeriría que un lugar fuera capaz de sustentar, mantener y proporcionar alimentos, bebida y refugio a algunos seres humanos para permitirles residir allí de forma permanente o habitual durante un período prolongado de tiempo”. Sin llegar a señalar el número exacto de personas, el laudo afirma que “la satisfacción de las necesidades básicas de un solo individuo no suele estar comprendida en el concepto ordinario de habitación humana: los seres humanos necesitan compañía y comunidad durante períodos de tiempo prolongados”⁴⁸.

A nuestro modo de ver, si lo relevante es la posibilidad de habitar en ese espacio, el número de personas que lo hagan sería irrelevante a los efectos de la calificación de la formación marina, incluso si lo hacen o no de manera permanente. Por otro lado, podría ocurrir perfectamente que una parte sea habitable y otra no, sin que ello excluya la calificación de “isla”. Así sucedió, por ejemplo, en el asunto *Federación Rusa c. Australia*, en el que el TIDM concluyó que la isla australiana de Heard era una isla, a pesar de que una parte importante de su superficie estaba cubierta con nieve y hielo haciendo virtualmente imposible la vida en esa parte⁴⁹.

D. “VIDA ECONÓMICA PROPIA”

La noción de mantenimiento de “vida económica propia” está también abierta al debate. Y es que puede ser interpretada de muy diversas formas: desde la disponibilidad por la isla de un sustento económico propio –como podrían ser los recursos naturales–, pero también podría interpretarse de otro modo, como la existencia de una proyección económica, derivada, por ejemplo, del hecho de albergar faros y otras instalaciones para la navegación y, en consecuencia, para el transporte marítimo, la pesca o el turismo. Hafetz, por su parte, plantea que la conversión de tales islas en santuarios marinos o reservas naturales, por ejemplo, sería otra posibilidad que permitiría a una isla cumplir con el requisito de vida económica propia, pues medidas de protección y de conservación como esas podrían generar un beneficio económico para el país al que la isla pertenezca, amén de promover la sostenibilidad del medio y sus especies⁵⁰. No obstante, como señala Hayashi habría que demostrar una cierta

47 Parágr. 489 del Laudo.

48 Parágr. 490-491 del Laudo. Algún autor habla de la necesidad de que habiten un número mínimo que, de un modo un tanto aleatorio, concreta en 50 personas. Tal es el caso de SONG, quien cita al propio tiempo a autores como Gidel, Hogdson, Van Dyke o Bennett, en SONG, Y. H., “Taiping Island: an island or a rock under UNCLOS?” en *Maritime Transparency Initiative* disponible en <https://amti.csis.org/taiping-island-an-island-or-a-rock-under-unclos/>

49 TIDM, *Asunto del Volga (Fédération de Russie c. Australie, Prompte mainlevée, Arrêt de 23 de diciembre de 2002)*.

50 HAFETZ, J., “Fostering Protection of the Marine Environment and Economic Development: Article 121(3) of the Third Law of the Sea Convention”, *American University International Law Review*, vol. 15 (1999-2000), p. 627.

actividad, pues no sería suficiente con vincular el escenario de un “santuario marino” a la vida económica⁵¹.

El laudo dictado en el asunto del Mar de China Meridional abordó con detenimiento la noción a la que nos estamos refiriendo. Según se señaló, el término “vida” sugiere que la mera presencia de recursos sería insuficiente para considerar cumplido el requisito de “vida económica”, pues se requeriría un cierto nivel de actividad humana local para explotar, desarrollar y distribuir dichos recursos. En opinión del Tribunal, vida económica conlleva algo más que actividad económica, pues además de ser sostenida en el tiempo, es decir, una vida económica continuada, los recursos en torno a los cuales gira la actividad deben ser locales, no importados, pues una actividad económica que sólo puede llevarse a cabo mediante la inyección continua de recursos externos no está comprendida en el concepto de “vida económica propia”.

El tribunal fue más allá, incluso, al señalar que las actividades económicas “puramente extractivas”, que no reportan ningún beneficio al elemento o a su población, no equivaldrían a una vida económica “propia”⁵². En opinión del Tribunal arbitral, la actividad económica derivada de la explotación de una posible zona económica exclusiva o de la plataforma continental no podría ser entendida como la aptitud para tener una vida económica propia. El componente “por sí mismo” dejaría claro que debe tener la capacidad de mantener una vida económica independiente, sin depender “predominantemente” de la aportación de recursos externos – sin que haya quedado establecido qué sería una dependencia predominante de los recursos aportados desde el exterior– o servir únicamente como objeto de actividades extractivas, sin la participación de la población local⁵³. Esgrimir que una formación marina tendría vida económica de contar con los espacios de ZEE y PC sería, en opinión del tribunal, un argumento circular, algo que no ocurre en el caso de que los recursos provengan del MT al que toda roca tiene derecho según el 121.3 de la CNUDM⁵⁴. Pero el tribunal da un paso más aún al requerir un vínculo entre la vida económica y el propio accidente marino, y no simplemente respecto de sus aguas adyacentes. Así, advierte que la actividad económica en el mar territorial podría formar parte de la vida económica de un accidente geográfico, siempre que esté vinculada de algún modo a él, ya sea a través de una población local o de otro modo. Sin embargo, para dotar a una formación marina de vida económica propia no bastaría con que unos pescadores lejanos explotaran el mar territorial que rodea una roca sin hacer uso propio de ésta. Tampoco lo haría una empresa dedicada a la extracción de los recursos minerales del lecho marino ad-

51 HAYASHI, M., “International Legal Regime regarding Islands and Rocks”, *op. cit.*, p. 9.

52 Parágr. 499-500 del Laudo.

53 Según concluye el tribunal “Article 121(3) serves to prevent such expansion from going too far. It serves to disable tiny features from unfairly and inequitably generating enormous entitlements to maritime space that would serve not to benefit the local population, but to award a windfall to the (potentially distant) State to have maintained a claim to such a feature. Given this context, the meaning attributed to the terms of Article 121(3) should serve to reinforce, rather than counter, the purposes that the exclusive economic zone and Article 121(3) were respectively intended to serve” (parágr. 516). Y siguiendo ese razonamiento, el tribunal recordó las declaraciones realizadas en distintos contextos por Estados como Perú, Singapur o Colombia, cfr. parágr. 518-520. Esta misma interpretación la realiza GJETNES, Marius, “The Spratlys: Are They Rocks or Islands”, *op. cit.*, p. 194.

54 Parágr. 502-503 del Laudo.

yacente a la roca sin hacer uso de la misma⁵⁵. Como puede apreciarse, el tribunal arbitral que dictó sentencia en el caso del Mar de China Meridional estableció un estándar elevadísimo para llegar a considerar que una formación marina tiene vida económica propia.

En definitiva, según el Tribunal, ambos atributos –habitabilidad y/o vida económica– deben existir “in naturally occurring conditions”, siguiendo el planteamiento de Filipinas, al vincular esta cuestión a la referencia incluida en el párrafo 1º del artículo 121, esto es, a la idea de “extensión natural de tierra”. Y es que, según el tribunal arbitral, el objeto y fin de la disposición se vería socavado si Estados alejados físicamente pudieran introducir tecnología, o suministros externos para sustentar la habitación humana o la vida económica⁵⁶.

A nuestro juicio, hay que reconocer que, en el mundo interdependiente en el que vivimos, la autosuficiencia prácticamente no existe. Siendo esta una realidad indiscutible resultaría incongruente exigirselo, precisamente, a un territorio insular. En esta línea puede destacarse lo señalado por Charney cuando advirtió que el párrafo 3 del artículo 121 no especifica que las condiciones mencionadas en el mismo deban existir naturalmente, por lo que, aplicando tal consideración, podríamos entender que ni la vida económica ni las condiciones de habitabilidad tienen por qué tener una procedencia natural en la propia isla, al menos en su totalidad⁵⁷. Por ello, compartimos la opinión de Eisemann en este punto cuando afirma que el tribunal no interpretó sino que, en realidad, reescribió el artículo 121.3 pues incluyó elementos nuevos que no aparecen en el texto de la disposición y que tampoco se desprenden de los trabajos preparatorios⁵⁸, y, lo que resulta aún más llamativo, como señalábamos anteriormente, no responde a la práctica de los Estados posterior a la adopción de la Convención.

En todo caso, de lo dispuesto en el propio laudo cabría interpretar que la aptitud para la habitación humana o para la vida económica propia podría resultar de la consideración de la situación de un grupo de islas en su conjunto y no de cada una de ellas individualmente, pues no hay que obviar tampoco que la disposición utiliza el término isla en singular (artículo 121.1. “Isla es...”), pero el término roca se emplea en plural (artículo 121.3. “Las rocas no aptas para...”). Por tanto, el tribunal admite que un grupo humano se sirva de un conjunto de formaciones marinas para desarrollar su vida, es decir, para residir y para desarrollar las actividades económicas necesarias para vivir⁵⁹.

55 Parágr. 503 del Laudo.

56 Parágr. 414 del Laudo. Así se desprende también de lo señalado por el tribunal en el parágr. 483 del Laudo cuando se plantea la siguiente interrogante: “Does the feature *in its natural* form have the capability or sustaining human habitation or an economic life? If not, it is a rock” y del parágr. 513: “Accordingly, the Tribunal understands the phrase “cannot sustain” to mean “cannot, without artificial addition, sustain.” This reading is consistent with the “naturally formed” qualification of the definition of “island” and the words “of their own” which qualify “an economic life” (la cursiva es nuestra).

57 CHARNEY, J.I., “Rocks that Cannot Sustain Human Habitation”, *op. cit.*, p. 867.

58 EISEMANN, P.M., “Qu’est-ce qu’un rocher au sens de la Convention de Montego Bay de 1982...”, *op. cit.*, pp. 28 y 32.

59 Parágr. 544 y 547 del Laudo.

E. REQUISITOS ALTERNATIVOS O ACUMULATIVOS

Una vez analizados los problemas que plantea la interpretación de ambas nociones, es preciso reflexionar en torno a la necesidad o no de la concurrencia de ambas características para ostentar todos los derechos atribuibles a una isla, o si, por el contrario, la presencia de una de ellas sería suficiente a tal fin. Si bien un sector de la doctrina parece entender que se trata de requisitos alternativos⁶⁰, hay quien considera que por la forma en la que está redactada la disposición estaríamos en presencia de requisitos acumulativos, pues defienden que, en realidad, serían las dos caras de una misma moneda⁶¹. Lo cierto es, sin embargo, que en el proceso de redacción de la disposición hubo una propuesta danesa de incluir la conjunción “y” entre vida económica propia” y “mantenimiento de vida humana”, propuesta que fue rechazada, por lo que la interpretación literal llevaría a la consideración de tales criterios como alternativos⁶². En opinión de Charney, “the phrase seems merely to require proof that the rock actually has some capacity for human habitation or economic value for society”⁶³.

En el asunto Filipinas c. China, el Estado demandante defendió que para ostentar el estatuto de isla ésta debía reunir los dos requisitos pues, según señaló, sería difícil concebir la presencia de uno sin el otro⁶⁴. Sin embargo, la respuesta del tribunal arbitral consistió en afirmar que una roca sólo estaría desprovista de una zona económica exclusiva y de una plataforma continental si careciera tanto de la capacidad de sostener la habitación humana como de la capacidad de sustentar una vida económica propia⁶⁵, entrando, sin embargo, en cierta contradicción al afirmar a renglón seguido que ambos conceptos están estrechamente ligados, puesto que la actividad económica es llevada a cabo por seres humanos y los seres humanos raramente habitarán zonas en las que no sea posible ninguna actividad económica o no haya medio de vida, aunque dejó abierta la posibilidad de que se pudieran dar casos⁶⁶.

60 HAYASHI, M., “International Legal Regime regarding Islands and Rocks”, *op. cit.*, p. 6

61 KOLB, R. “L’interprétation de l’article 121, paragraphe 3, de la Convention de Montego Bay sur le droit de la mer: Les rochers qui ne se prêtent pas à l’habitation humaine ou à une vie économique propre...”, *op. cit.*, p. 906; FRANKX, E., “The enigma of Article 121, paragraph 3: The Way Forward?”, en http://www.maritimeissues.com/uploaded/EU/1_Erik%20Franckx_Article%20121_maritimeissues_com.pdf, pp. 21 y 22; PICHEL, C., “The Interpretation of Article 121(3) of UNCLOS in the 2016 South China Sea Arbitration Award”, *op. cit.*, p. 889.

62 CHARNEY, J.I., “Rocks that Cannot Sustain Human Habitation”, *op. cit.*, p. 868.

63 *Ibidem*.

64 Parágr. 417 del Laudo. Además, en opinión de Filipinas la doble negación de la frase daría lugar a una interpretación según la cual sería necesaria la presencia de los dos requisitos para ostentar la condición de isla y no de roca.

65 Parágr. 496 del Laudo. En la sentencia dictada por la CIJ el 2 de febrero de 2018 en el asunto *Costa Rica c. Nicaragua*, aunque no abordó la cuestión, hizo una afirmación de la que podría deducirse que su conclusión es que las nociones son alternativas pues señaló explícitamente, en relación con Nicaragua, que “Nicaragua n’a produit aucun élément attestant qu’elles se prêtent à l’habitation humaine ou à une vie économique propre”, *CIJ, Recueil 2018*, p. 184, parágr. 113.

66 El tribunal recordó para ello la intervención del delegado de Micronesia en la III Conferencia sobre derecho del mar (parágr. 497 del Laudo) cuando señaló: “Small islands which have no land resources to speak of need the benefits of an economic zone and the sea’s resources within it more desperately than any other territories. It would not be equity to deny the sea’s resources to those who need them most. Suggestions have also been made that uninhabited islands should not have a full economic zone. Almost all of our high

Pero, quizás, la crítica más importante al laudo dictado en el asunto del Mar de China Meridional ha sido la desconsideración que el tribunal ha tenido hacia la práctica internacional que pone en cuestión la interpretación realizada. Y es que la realidad demuestra que los Estados han considerado islas formaciones marinas que no encajan en los criterios fijados por el tribunal, sin que ello haya dado lugar a protestas formales importantes por parte de terceros.

Autores como Eisemann o Tanaka han mencionado en diferentes trabajos un importante número de islas proclamadas como tales por Estados bien distintos, islas que no cumplirían los criterios fijados en el laudo arbitral⁶⁷. Tal sería, por ejemplo, el caso de Francia, que ha establecido ZEE alrededor ciertas islas de la Polinesia francesa, o alrededor de las islas Kergelen y Crozet, o las de Clipperton y Amsterdam; Australia ha hecho lo propio en las islas de Heard y McDonald; Fidji ha establecido ZEE alrededor de Ceva i Ra; Kiribati ha reclamado ZEE a partir de la isla de McKean; Méjico lo ha hecho alrededor de la isla de Clarion y Roca Portida y Venezuela respecto de la *Isla de Aves*⁶⁸, Noruega en la isla Bouvet, Portugal en islas Salvajes⁶⁹ o EEUU en el Reef Maro, y en las islas hawaianas del noroeste⁷⁰.

Además, si se analizan las respuestas de los Estados, inmediatamente después de dictarse el laudo que “resolvió” la controversia entre Filipinas y China, se podría concluir que esta fue un tanto fría. Así, la Alta Representante de la UE realizó una declaración tras tres días de difíciles negociaciones en la que reconoció de manera genérica el laudo⁷¹, pues algunos Estados miembros estaban preocupados por sus propias disputas marítimas por lo que no estaban dispuestos a mostrar un apoyo expreso a aquel⁷². Otros Estados, como India o Malasia “tomaron

islands, and almost all of our atolls, made up of low islands, are inhabited. But some islands are inhabited only part of the year, while others are used not as residences but for fishing or in some functional way other than for permanent habitation. They are all the same as vital a part of our economy and livelihood as some islands that may have permanent dwellings on them, but may have little or no fish resources near them. We do not believe that the criteria of inhabitation or size are practical or equitable” *Statement by the Chairman of the Joint Committee of the Congress of Micronesia submitted on behalf of the Congress by the United States of America*, UN Doc. A/CONF.62/L.6 (27 de Agosto de 1974).

67 EISEMANN, P.M., “Qu’est-ce qu’un rocher au sens de la Convention de Montego Bay de 1982...”, *op. cit.*, p. 36 y ss. TANAKA, Y., “Reflections on the Interpretation and Application of Article 121(3) in the South China Sea Arbitration (Merits)”, *op. cit.*, p. 373 y ss.

68 Venezuela reclama respecto de la Isla de Aves ZEE y PC propias. En la isla existe tan solo una guarnición de la guarda costera, una rada y una base de estudios oceanográficos. Algunos Estados –como Francia, Países Bajos o Estados Unidos– le reconocieron la condición de isla en sus acuerdos de delimitación con Venezuela, no así otros países vecinos como Antigua, St Kitts y San Vicente, que cuestionan tal calificación, por lo que la disputa no estaría resuelta. Vid. HAYASHI, M., “International Legal Regime regarding Islands and Rocks”, *op. cit.*, p. 8.

69 España no cuestiona la soberanía de las islas, pero sí su derecho a ZEE y a PC, pues las considera rocas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 121.3 CNUDM. Cfr. GARCÍA PLANAS, P., “El código salvaje”, *La Vanguardia*, 20 de octubre de 2019.

70 TALMON, C., “The South China Sea Arbitration and the Finality of “Final” Awards”, *op. cit.*, parágr. 23, p. 14.

71 Declaración de la Alta Representante en nombre de la UE sobre el Laudo dictado en el arbitraje entre la República de Filipinas y la República Popular China, disponible en <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2016/07/15/south-china-sea-arbitration/>

72 EMMOTT, R., “EU’s statement on South China Sea reflects divisions”, *Reuters*, 15 julio 2016, disponible en <https://www.reuters.com/article/idUSL8N1A130Y/>

nota” de la decisión adoptada. Ningún Estado respaldó expresamente el contenido del mismo; ni siquiera los Estados Unidos quisieron posicionarse, anunciando, simplemente, que tenían que estudiar la decisión. Fueron varios los Estados que mostraron desde el inicio su rechazo: naturalmente, China, por Scarborough Shoal y las Islas Spratlys, pero también Taiwan porque el laudo calificó como roca la isla de Itu Aba (Taiping), que administran; Japón porque también el laudo calificó de roca la isla japonesa de Oki-no-Tori, así como Rusia, Montenegro, Pakistán, Siria y Vanuatu⁷³.

Por todo ello, compartimos la opinión de que es difícil pensar que todos estos Estados vayan a modificar su posición a la luz del laudo arbitral, que amenaza con convertir lo que un cierto número de Estados consideran islas en meras rocas sin derecho a ZEE ni a PC. Por ello, compartimos la opinión de Talmon cuando afirmó que “it may be predicted that the tribunal’s decision on this provision will be ephemeral rather than final”⁷⁴ o de Eisemann cuando concluyó que “on peut douter que la sentence arbitrale du 12 juillet 2016 soit amenée à faire jurisprudence”⁷⁵. De hecho, hay que reconocer, como ya apuntó Casado, que la CIJ tuvo ocasión de hacer mención al laudo en la sentencia que dictó en 2018 en el asunto que enfrentó a Costa Rica c. Nicaragua, y optó sin embargo por no hacer la más mínima referencia al mismo cuando abordó la condición de isla o roca de Cayos de Perla y de las Islas del Maíz⁷⁶. En ambos pasajes, la CIJ se limitó a referirse al artículo 121 del CNUDM para proceder a la calificación de sendas formaciones marinas y a los requisitos que el mismo contiene, sin mencionar el Laudo en ningún momento⁷⁷.

Es cierto, sin embargo, como ha señalado el estudio realizado por *Asia Maritime Transparency Initiative* que, en el nuevo contexto internacional generado tras la invasión rusa de Ucrania y la mayor preocupación por el respeto de las normas internacionales, un cierto número de gobiernos e instituciones internacionales han declarado públicamente que consideran obligatorio el fallo dictado en el asunto del Mar de China Meridional: tal sería el caso de la Comisión Europea y las Embajadas en Filipinas de un cierto número de Estados miembros de la UE, con ocasión del séptimo aniversario del laudo⁷⁸. Sin embargo, siendo realistas, la posición de los Estados se basa, esencialmente, en sus propios intereses, lo que hace que la coherencia muchas

73 Ver las referencias incluidas por TALMON, C., “The South China Sea Arbitration and the Finality of “Final” Awards”, *op. cit.*, párr. 22, p. 15.

74 TALMON, C., “The South China Sea Arbitration and the Finality of “Final” Awards”, *op. cit.*, párr. 22, p. 14.

75 EISEMANN, P.M., “Qu’est-ce qu’un rocher au sens de la Convention de Montego Bay de 1982...”, *op. cit.*, p. 38.

76 *Délimitation maritime dans le mer des Caraïbes et l’océan Pacifique (Costa Rica c. Nicaragua) et frontière terrestre dans la partie septentrionale de Isla Portillos (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, CIJ Recueil 2018, párr. 113 y 140.

77 Este mismo hecho ha sido destacado por Papanicolopulu, si bien ha advertido que quizás esa omisión pueda deberse a la reticencia de la CIJ a referirse a jurisprudencia de otros tribunales. PAPANICOLOPULU, I., “The land dominates the sea (dominates the land dominates the sea)”, *Questions of International Law*, Febrero 2018, pp. 39-48, disponible en https://www.qil-qdi.org/wp-content/uploads/2018/02/03_Whats-an-island_PAPANICOLOPULU_FIN.pdf

78 Para ver las declaraciones realizadas por los Estados a lo largo de los años: <https://amti.csis.org/arbitration-support-tracker/>

veces brille por su ausencia. Así, algunos Estados que han proclamado el deber de China de acatar el laudo, no han retirado sus propias reclamaciones de ZEE y PC sobre lo que el laudo calificaría con total claridad como rocas⁷⁹. Y es que, en definitiva, es difícil pensar que quienes vayan a resultar perjudicados por lo que se desprende de la decisión adoptada en julio de 2016 –que solo a las partes inmersas en la controversia obliga, es cierto– vayan a aceptar sin más lo que la misma implica⁸⁰ y ajusten sus comportamientos a ella, teniendo en cuenta que la redacción del artículo 121 de la CNUDM admite otras interpretaciones.

III. INSTALACIONES, ESTRUCTURAS E ISLAS ARTIFICIALES: DEFINICIÓN Y RÉGIMEN JURÍDICO

Cada vez son más numerosos los proyectos de creación de construcciones en el mar y con fines diversos: desde la explotación de recursos existentes en el medio marino, no solo recursos pesqueros sino también minerales o energéticos⁸¹, hasta la construcción de islas artificiales con distintos fines, como pueden ser los residenciales o militares, como luego veremos. Ha sido, precisamente, la actividad desplegada con este último fin por el gigante asiático en el Mar de China Meridional la que ha hecho saltar todas las alarmas al crear “islas artificiales”, en áreas en disputa, sobre la base de elevaciones en bajamar o de lo que podrían ser rocas –en los términos que se acaban de estudiar–, pues la finalidad que China persigue en ese punto estratégico no es sino controlar la navegación y el comercio en una zona de vital trascendencia, ya que son 5 trillones de dólares los que se mueven anualmente en ese espacio.

En las páginas que siguen a continuación, abordaremos el estudio de las nociones de instalación, estructura e isla artificial, la relevancia de su creación autónoma o bien sobre formaciones marinas naturales preexistentes –y la alteración del estatuto que por tal motivo podrían experimentar–, así como los espacios en los que éstas pueden ser construidas y con qué fines.

1. Instalaciones, estructuras e islas artificiales: definición

La Convención de Montego Bay reconoce en distintos artículos el derecho de los Estados a la construcción de instalaciones y estructuras, incluso la creación de islas artificiales con el fin de

79 PICHEL, C., “The Interpretation of Article 121(3) of UNCLOS in the 2016 South China Sea Arbitration Award”, *op. cit.*, pp. 917-918.

80 El único caso conocido en el que un Estado ha renunciado a sus aspiraciones respecto de lo que el Laudo consideraría una roca es el del Reino Unido y su proclamación de ZEE y PC respecto de Rockall. Tras su adhesión a la CNUDM en 1997 el Reino Unido recalificó Rockall como roca, conforme al 121.3 de la Convención porque tal formación marina no era capaz de sostener la habitación humana ni tampoco de tener vida económica propia.

81 NIEUWENHOUT C., “The Legal Framework for Artificial Energy Islands in the Northern Seas”, *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 2023, Vol. 38, pp. 1-34; MORRIS, M.K, KINDT, J.W., “The Law of the Sea: Domestic and International Considerations Arising from the Classification of Floating Nuclear Power Plants and Their Breakwaters as Artificial Islands”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 19, 1979, pp. 299-319.

poder ejercer los derechos que el ribereño tiene en el espacio de que se trate. Es cierto que en ninguna de sus disposiciones determina el sentido exacto de tales términos, por lo que ha sido la doctrina quien ha procedido a su definición.

La característica fundamental de los elementos mencionados en el artículo 60 CNUDM – instalaciones, estructuras e islas artificiales– es el hecho de haber sido construidos por el ser humano –frente al carácter natural de las islas definidas en el artículo 121 CNUDM a las que hemos dedicado nuestro estudio en páginas precedentes–, si bien es objeto de debate la necesidad o no de que emerjan de manera permanente, pues las instalaciones y estructuras podrían quedar sumergidas siquiera de manera temporal⁸². Así, Soons definió las islas artificiales como “constructions created by man’s dumping of natural substances like sand, rocks and gravel on the seabed”, mientras que una instalación o una estructura sería “constructions resting upon the sea floor and fixed there by means of piles or tubes driven into de seafloor, and/or to concrete structures which become fixed there by their own weight”⁸³. Para Munch, sin embargo, el elemento crucial para distinguir una instalación o estructura de una isla artificial sería la necesidad de esta última de emerger siempre, en tanto que las primeras podrían permanecer sumergidas temporal o permanentemente⁸⁴. Tanto las islas artificiales como las instalaciones y estructuras –insistimos que estas últimas se tratan prácticamente siempre de manera conjunta e indistinta⁸⁵–, únicamente tendrían derecho, si ello fuera necesario, a una zona de seguridad razonable a su alrededor que no excederá de 500 metros⁸⁶. En ella, el Estado podrá tomar las

82 PROELSS, A., “Article 60. Artificial islands, installations and structures in the exclusive economic zone”, en PROELSS, A. (Ed.), *United Nations Convention on the Law of the Sea. A Commentary*, op. cit., p. 471.

83 SOONS, A.H.A., *Artificial islands and Installations in International Law*, Occasional Papers, n° 22, Law of the Sea Institute, University of Rhodes Island, 1973, p. 3. Apoyando tal definición, HONEIN, S.E., *The International Law Relating to Offshore Installations and Artificial Islands, An Industry Report*, Lloyd’s of London Press LTD, 1991, p. 1.

84 MUNCH, F., “Les îles atificielles et les installations en mer”, *Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1978, pp. 933-958, en particular, p. 943.

85 Así, por ejemplo, el artículo 147 de la CNUDM se refiere a instalaciones; el 194, párrafos 3 c) y d) se refiere a “instalaciones y dispositivos”; el 209 menciona “instalaciones, estructuras y otros dispositivos”; la parte XIII, dedicada a la investigación científica marina, se refiere en los artículos 258 a 262 a instalaciones o equipos. Fue esa la razón por la que hubo una propuesta de llevar a cabo una armonización de los términos empleados en la CNUDM, para lo cual se propuso añadir al artículo 1 un nuevo párrafo para aclarar el sentido del término “instalación”: “installations includes artificial islands and estructuras”. Sin embargo, como se puede apreciar, esta propuesta, que no fue admitida, de poco hubiera servido a los fines de diferenciar entre las nociones de isla artificial, estructura e instalación. A/CONF.62/L.57/Rev.1 (1980), section VIII, XIV Off. Rec. 114, citado en UN Convention on the Law of the Sea Commentary 1982, Center for Oceans Law and Policy, University of Virginia, Brill Nijhoff, 2013, p. 584.

86 El hecho de que un Estado advierta que la navegación es peligrosa, más allá de los 500 metros que rodean una isla artificial, y que por tanto recomiende a los buques que naveguen manteniendo una distancia mayor (3 millas), ha dado lugar a una interpretación, ciertamente generosa, según la cual ello no supone una vulneración de la Convención pues no constituye por ese mero hecho la creación de una zona de seguridad ampliada, *Netherlands v. Russia, The Arctic Sunrise Arbitration, Award on the Merits of 14 August 2015*, parágr. 207-220, disponible en <https://pcacases.com/web/sendAttach/1438>. Sobre el particular, PESCH, S., “Coastal State Jurisdiction around Installations: Safety Zones in the Law of the Sea”, *The International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 30, 2015, pp. 512-532.

medidas adecuadas par garantizar tanto la seguridad de la navegación como de la propia instalación, estructura o isla artificial⁸⁷.

La construcción de una isla artificial o de una estructura o instalación puede hacerse de manera enteramente autónoma, en cuyo caso probablemente no se susciten dudas iniciales sobre su condición jurídica. Si acaso, cabría plantear si ese estatuto resulta inamovible, pase lo que pase y suceda lo que suceda después de forma natural, con el transcurrir del tiempo. En este sentido, compartimos, en principio, la opinión de Lewis cuando advierte que las construcciones artificiales serían incapaces de adquirir el estatuto de formación marina natural⁸⁸. Pero, pongamos por caso que un buque hundido de manera accidental, en una zona del mar no excesivamente profunda, dé lugar con el paso del tiempo y con la acumulación natural de sedimentos en torno a él a una formación marina que tenga como base un elemento artificial como es un buque, pero que termine por convertirse en una elevación en bajamar o incluso en una roca. En tal caso, esa nueva formación marina no debería adquirir los derechos recogidos en la Convención por no tratarse en sentido estricto de una extensión natural de tierra. Aunque quizás pueda parecer ilógico, e incluso pueda considerarse que es tanto como intentar poner freno a la naturaleza, si se llegara a admitir otra cosa, los Estados podrían comenzar a desarrollar prácticas consistentes en depositar sobre el fondo marino estructuras de diferente tipo con el fin de generar, con el transcurrir del tiempo, formaciones marinas que les sirvan, entre otras cosas, para ampliar sus espacios marinos.

Si bien el supuesto al que nos acabamos de referir tiene un carácter residual, no lo es la posibilidad de que una determinada formación marina natural preexistente resulte modificada a través de la intervención humana, mediante técnicas como la recuperación de tierras, la ampliación de islotes, rocas o arrecifes de coral, o mediante la unión de pequeños grupos de islotes, utilizando para ello materiales de construcción, para conformar una isla más grande, planteándose entonces el estatuto que merece en la nueva situación.

Así, las construcciones creadas a partir de o sobre una elevación en bajamar o un arrecife natural preexistente: ¿sería una elevación en bajamar o pasaría a ser una isla, o acaso se convertiría, por la intervención humana, en una instalación, estructura o isla artificial? Estos son precisamente los casos de las construcciones creadas por China, pues siempre lo han sido sobre la base de formaciones marinas preexistentes⁸⁹. El tribunal arbitral que dictó sentencia en el asunto *Filipinas c. China*, ya advirtió que una elevación en bajamar o una roca no pueden transformarse legalmente en una isla en términos jurídicos por efecto de la actividad humana. El estatus de una formación marina, señaló el tribunal, debe evaluarse sobre la base de su situación natural⁹⁰. Con cierta lógica, advirtió que si se permitiera a los Estados convertir

87 IMO, *Safety Zones and Safety of Navigation around Offshore Installations and Structures*, IMO Res. A671(16), 19 de octubre de 1998.

88 LEWIS, R. "The artificial Construction and Modification of Maritime Features: Piling Pelion on Ossa", *Ocean Development & International Law*, Vol. 52, Núm. 3, 2021, pp. 239-259, en particular p. 245.

89 ANDREEFF, A., "Legal Implications of China's Land Reclamation Projects in the Spratly Islands", *New York University Journal of International Law & Policy*, 2014-2015, Vo. 37, pp. 855 y ss.

90 Parágr. 508 del Laudo. En este mismo sentido, GEWIRTZ, P., "Limits of Law in the South China Sea", *East Asia Policy Paper* 8, Mayo 2016, p. 6.

cualquier roca –incapaz de sustentar ni habitación humana ni vida económica propia mediante el uso de la ingeniería– en una isla, con los derechos que en tal caso le correspondería y a los que ya hemos hecho alusión, se vería frustrada la finalidad del 121.3 de la CNUDM, y además, se incentivaría a los Estados a emprender tales acciones con el fin de extender así sus zonas marítimas en detrimento del resto de los Estados y/o de lo que en otro caso sería patrimonio común de la humanidad⁹¹. En este orden de cosas, compartimos la opinión de Schoembaum cuando concluye que la interpretación realizada por el tribunal arbitral redundará en beneficio del medio marino, porque los Estados tendrán menos interés –aunque lo seguirán teniendo– en realizar construcciones sobre las formaciones naturales existentes si con ello no amplían sus derechos en el mar⁹².

Ahora bien, cabe plantear también si la construcción de una instalación o estructura, incluso de una isla artificial sobre una formación marina que tuviera la condición de roca haría perder a ésta el estatuto que le es propio. Es decir, la duda que se suscita es si en tal caso, la actividad humana haría perder a la roca el mar territorial al que tendría derecho, según la CNUDM. A nuestro modo de ver, y compartiendo la opinión de Kohl, la roca no perdería su derecho a un mar territorial propio, pero tampoco ampliaría el espacio al que tendría derecho. De este modo, si un Estado construyera una isla artificial sobre la base de una roca en términos jurídicos, y la construcción sobresaliera 2 millas más allá de los límites físicos de la roca original, ese Estado tendría derecho a un mar territorial de 10 millas más como máximo, pues la medición habría de hacerse siempre desde los límites físicos de la roca naturalmente considerada⁹³.

En este mismo sentido, cabe plantear qué ocurriría si se utilizara una isla natural como base para intervenir artificialmente, sea para su ampliación o para lo que cada vez va a ser más habitual, esto es, para garantizar su supervivencia. Este último ha sido el caso de la Isla de Hulhumale, en la que está situada la capital de la República de Maldivas, y que ha sido fortificada para evitar su paulatino hundimiento. Algunos autores han defendido que si bien las medidas de prevención de la erosión están admitidas por el Derecho internacional –sin que quepa entender que se trata de acciones que pretenden la ampliación de la soberanía terrestre y marítima por parte del Estado que las adopta– las medidas para su “desarrollo” parecen plantear más dudas, aunque la línea divisoria entre un tipo de medidas y otras puede llegar a ser muy fina⁹⁴. En la línea de lo señalado en el supuesto anterior, a nuestro modo de ver, las

91 Parágr. 509 del Laudo. A título meramente ilustrativo, siguiendo este razonamiento, el tribunal señaló que la construcción realizada por China sobre el arrecife natural de Mischief Reef se ha traducido en la creación de una isla artificial: “China has elevated what was originally a reef platform that submerged at high tide into an island that is permanently exposed. Such an island is undoubtedly ‘artificial’ for the purposes of article 60”, parágr. 1037 del Laudo.

92 SCHOEMBAUM, T.J., “The South China Sea Arbitration Decision and a Plan for Peaceful Resolution of the Disputes”, *Journal of Maritime Law & Commerce*, Vol 47, N° 4, October, 2016, p. 457.

93 En este sentido KHOL, A. W., “China’s Artificial Island Building Campaign in the South China Sea: Implications for the Reform of the United Nations Convention on the Law of the Sea”, *Dickinson Law Review*, 2018, Vol. 122-3, pp. 917-937, p. 929, disponible en <https://ideas.dickinsonlaw.psu.edu/dlr/vol122/iss3/8/>

94 Dadandish y Rahnavard admiten las que denominan medidas de prevención, no así las de consolidación, si bien ellos mismos advierten de la dificultad para diferenciar unas medidas de otras. Cfr. DADANDISH, P., RAHNAVARD, H., “The artificial Island in the Persian Gulf: A Political and Legal Analysis”, *Iranian Review of Foreign Affairs*, Vol. 3. N° 4, Winter 2013, pp. 101-126. En una línea similar, CHEE, S.Y.,

obras de ingeniería realizadas sobre una isla no modificarían su estatuto jurídico, por lo que no perdería el derecho a sus propios espacios marítimos, ya reconocidos, pero tampoco podría suponer su ampliación artificial. En realidad, se trata de un intento de detener los efectos del cambio climático, intentando evitar que la naturaleza siga su curso. De otro modo, las consecuencias para los Estados más perjudicados por el cambio climático serían nefastas, pues verían mermar sus derechos soberanos, y parte de su población, a la larga, tendría que abandonar sus hogares, como ya ha comenzado a ocurrir en algunos casos⁹⁵.

Conviene revisar, no obstante, quién y dónde tiene derecho a la construcción de instalaciones, estructuras e islas artificiales, ya se haga de manera autónoma o sobre la base de formaciones marinas preexistentes, así como con qué fines y en qué condiciones, de conformidad con la Convención de Montego Bay, pues tales construcciones son hoy una realidad y sus usos muy diversos, algo probablemente inimaginable –al menos no en los términos en los que la tecnología permite a día de hoy– en el momento en el que fue adoptada la CNUDM⁹⁶.

2. El derecho de los Estados a la construcción de instalaciones, estructuras e islas artificiales: régimen jurídico

A. EN ESPACIOS SOMETIDOS A LA SOBERANÍA DEL ESTADO: AGUAS INTERIORES Y EN MAR TERRITORIAL

Tanto en aguas interiores como en mar territorial el Estado ribereño tiene soberanía plena, de lo que se deriva su derecho a establecer instalaciones y estructuras, así como islas artificiales, respetando las normas de seguridad y las que exigen la debida protección del medio marino.

Naturalmente, el establecimiento de una instalación, estructura, y por supuesto el de una isla artificial, puede entorpecer, menoscabar o limitar los derechos reconocidos en la convención para terceros Estados, derechos como el de paso inocente por el mar territorial, por ejemplo. Así, el artículo 24 de la CNUDM establece que el Estado ribereño no pondrá dificultades al paso inocente de buques extranjeros por el mar territorial salvo que lo haga de conformidad con la Convención. Y puede entenderse que la construcción de instalaciones, estructuras o islas artificiales en espacios sometidos a la soberanía del Estado ribereño es acorde con la Con-

OTHMAN, A.G., KWANG, y otros, “Land Reclamation and Artificial Islands: Walking the Tightrope Between Development and Conservation”, *Global Ecology and Conservation*, Vol 17, 2017, p. 80.

95 Sirva como botón de muestra del problema la noticia aparecida en el Diario El País el pasado 6 de junio en la que se hace eco de la primera reubicación en América Latina de 300 familias, refugiadas climáticas, procedentes del archipiélago de Guna Yala (Panamá), MAHATANI, N., “Expulsados por el mar: los primeros refugiados climáticos reubicados de América Latina”, *El País*, 6 de junio de 2024 disponible en <https://elpais.com/america-futura/2024-06-09/expulsados-por-el-mar-los-primeros-refugiados-climaticos-reubicados-de-america-latina.html>. Para ver un estudio jurídico reciente sobre el particular JIMÉNEZ PINEDA, E. y GONZÁLEZ GRECO, D. J., *Las migraciones climáticas: estudio desde la perspectiva regional y de la cooperación internacional*, UCO Press – Ed. Aranzadi, 2023, 192 pp.

96 Defendiendo la necesidad del desarrollo normativo en este ámbito TSALTAS, G., BOURTZIS, T., RODO- THEATOS, G., “Artificial islands and structures as a means of safeguarding state sovereignty against sea level rise. A law of the sea perspective”, *op. cit.*, p. 1.

vención⁹⁷. En todo caso, lo que debe hacer el Estado es dar a conocer todos los peligros que amenacen la navegación por ese espacio –y, obviamente, la construcción de instalaciones y estructuras, así como de islas artificiales lo hacen–, no solo cuando la estructura, instalación o isla artificial hayan sido ya colocadas sino desde el momento en el que se inicie el proceso para su puesta en marcha, pues el peligro para la navegación puede darse desde ese mismo instante.

Además, deben realizarse estudios de impacto ambiental, pues es obligación de todos los Estados la preservación del medio marino y sus especies, también en los espacios sometidos a su soberanía. Y es que las consecuencias medioambientales de las intervenciones en el medio son más que notables, pues, por ejemplo, los sedimentos vertidos y los metales pesados utilizados para la construcción de las islas artificiales, por ejemplo, degradan la calidad del agua, lo que supone un grave perjuicio para el ecosistema marino y la biodiversidad, un deterioro de los fondos, de los arrecifes de coral, así como del pasto marino, pudiendo incluso traer ello consigo la alteración de las corrientes marinas y con ella la erosión de la costa. Por citar un ejemplo, para construir la isla Palm Jumeirah (Dubai) se dragaron alrededor de 94 millones de metros cúbicos de sedimentos, afectando de manera determinante a la vida marina y a las especies existentes hasta entonces en la zona⁹⁸. Todo ello exige una reconsideración del modo en el que se toman las decisiones de llevar a cabo megaproyectos de esta naturaleza, pues un estudio del impacto ambiental –para el propio Estado que lleva adelante el proyecto y, por supuesto, para los Estados vecinos, ya que es un medio que no conoce de fronteras– debe ser una exigencia ineludible a la hora de adoptar la decisión final sobre su construcción.

a) Instalaciones y estructuras

La realización de actividades científico marinas y aún más la explotación de los recursos minerales y energéticos existentes en los fondos marinos ha hecho que se construyan instalaciones y estructuras sobre los mismos para posibilitar su extracción. Un ejemplo clásico ha sido la instalación de plantas petroleras y gasísticas, sobre todo en aguas poco profundas, aunque también cabe la explotación de aguas profundas y ultraprofundas⁹⁹. Sin embargo, en los últimos tiempos, la necesidad de desarrollar nuevas fuentes de energía sostenibles, con el fin de alcanzar los objetivos de descarbonización de Europa, ha hecho que la energía renovable marina se encuentre en pleno proceso de expansión en la Unión Europea. Y es precisamente a través de la creación de estructuras e instalaciones en distintos puntos del espacio marítimo como puede generarse este tipo de energía, ya sea mediante tecnologías de energía eólica marina fija –consistentes en estructuras de cimentación fija montadas sobre el fondo del mar a una profundidad máxima de 60 metros–, energía eólica flotante –consistente en plataformas flotantes ancladas al fondo marino mediante unos tensores–, energía oceánica, generada por la

97 En esta línea, SAMIE, N., “Fixed offshore installations. A new rule of customary International law”, *Lawyer of the Americas*, Vol. 9, 1977, pp. 518-530, en particular p. 520-521.

98 VAN LAVIEREN, H. y otros, *Managing the Growing Impacts of Development on Fragile Coastal And Marine Ecosystems: Lessons from the Gulf*, UNU-INWEH, Canadá 2011.

99 Empresa OUCO, “Plataforma petrolíferas en alta mar: algunos datos importantes que debe saber”, 24 de agosto de 2023, disponible <https://ouco-industry.com/es/Plataformas-petroleras-en-alta-mar%3A-algunos-datos-importantes-que-debes-saber/>

marea (mareomotriz) y por las olas (undimotriz) y la energía fotovoltaica flotante –consistente en la instalación de módulos fotovoltaicos sobre un sistema de flotación-¹⁰⁰.

Este simple esbozo da cuenta de la necesidad de ordenar el espacio marítimo, para lo cual, en el marco de la UE, se adoptó la Directiva de ordenación del espacio marítimo¹⁰¹ cuya finalidad era, por un lado, gestionar la actividad humana en el mar de manera coordinada y, por otro, aumentar la cooperación transfronteriza entre países bañados por las mismas aguas. España aprobó en 2017 el Real Decreto 363/2017, de 8 de abril, por el que se estableció el marco para la ordenación del espacio marítimo español¹⁰², Real Decreto completado por otro, el 150/2023 por el que se aprueban los planes de ordenación marítima de las cinco demarcaciones marítimas de España¹⁰³, lo que permitirá organizar las actividades humanas en las distintas zonas del mar “con el fin de alcanzar objetivos ecológicos, económicos y sociales”. Como han señalado Sanz Larruga y Lobo Rodrigo, el citado Real Decreto supone “la primera experiencia de ordenación integral del espacio marítimo en España, un intento impulsado por la Unión Europea y que hunde sus raíces en la experiencia desarrollada por la ONU y que localiza los distintos usos y ocupaciones en dicho espacio buscando, en la medida de lo posible, su complementariedad y todo ello bajo el prisma del enfoque ecosistémico”¹⁰⁴.

En España hay varios parques eólicos marinos (*offshore wind farms*). La energía eólica marina obtenida a través de proyectos de cimentación fija –que es la solución tecnológicamente más consolidada hasta el momento– no se ha desarrollado mucho en España, por la gran profundidad de las aguas territoriales que hacen inviable esa tecnología a partir de los 50 metros. Sin embargo, nuestro país es una potencia en las incipientes soluciones de carácter flotante para los parques eólicos marinos. De hecho, es el país europeo con más instalaciones de I+D para eólica flotante y las otras energías del mar, destacando la Plataforma Oceánica de Canarias (PLOCAN) y la Plataforma de Energía Marina de Vizcaya (BiMEP) o la Zona experimental de aprovechamiento de energías marinas de Punta Langosteira (A Coruña), el segundo banco de pruebas del mundo para la energía de las olas¹⁰⁵.

Cuatro de las cinco demarcaciones marítimas –la Noratlántica, la Levantino-Balear, la del Estrecho y Alborán, así como la canaria– son consideradas de “alto potencial” para la explo-

100 Tribunal de Cuentas Europeo. Informe Especial 22/2023. Energía renovable marina en la UE. Los planes de crecimiento son ambiciosos pero la sostenibilidad supone todavía un reto, pp. 51 y ss.

101 Directiva 2014/89/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, por la que se establece un marco para la ordenación del espacio marítimo, DOUE, núm. 257, de 28 de agosto de 2014, pp. 135-145.

102 Real Decreto 363/2017, de 8 de abril, por el que se establece un marco para la ordenación del espacio marítimo, BOE núm. 86, de 11 de abril de 2017, pp. 28802 a 28810.

103 Real Decreto 150/2023, de 28 de febrero, por el que se aprueban los planes de ordenación del espacio marítimo de las cinco demarcaciones marinas españolas, BOE núm. 54, de 4 de marzo de 2023, pp. 32350 a 32578.

104 SANZ LARRUGA, F.J., LOBO RODRIGO, A., “El Real Decreto 150/2023 por el que se aprueban los planes de ordenación del espacio marítimo. Luces y sombras”, *Anuario. Observatorio de políticas ambientales*, 2023, pp. 445-497.

105 Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, “Eólica marina y energías del mar en España”, <https://www.idae.es/tecnologias/energias-renovables/uso-electrico/eolica/eolica-marina/eolica-marina-y-energias-del-mar>

tación de la energía eólica marina, muy particularmente a través de aerogeneradores flotantes, como decíamos, los más adecuados por las características de la costa española. La distancia a la que se ha previsto la ubicación de los parques varía en función de la demarcación de que se trate: a una distancia máxima de 21 km en el caso de la demarcación Noratlántica, pero de 1850 metros en el caso de alguno de los polígonos ubicados en la demarcación canaria, frente a las costas de la isla de Lanzarote.

Naturalmente, todo ello puede generar problemas de distinta índole que deben ser gestionados con el fin de respetar las obligaciones que el Estado tiene en los distintos espacios marinos: por un lado, garantizar la seguridad de la navegación marítima y aérea; por otro, preservar el medio marino. De hecho, hay sectores económicos en España que están poniendo en cuestión la política de nuestro país en esta materia. Y es que deben ser tenidos en cuenta los efectos para sectores como el turístico, como consecuencia del impacto visual que pueden producir, o el pesquero, por la afectación que todo ello puede suponer para la biodiversidad, derivada de los cambios en la calidad del agua debido a la liberación de contaminantes, lo que traerá consigo la degradación del hábitat, el efecto desplazamiento debido al ruido submarino¹⁰⁶ y a las estructuras de los parques eólicos marinos, o los cambios en los patrones de migración debidos a cambios en el campo electromagnético¹⁰⁷, así como la colisión de las aves con las instalaciones de energía renovable.

Por tanto, aún siendo espacios en los que los Estados ostentan soberanía, por un lado, la obligación de garantizar la seguridad de la navegación, y por otro, la obligación de cooperar para preservar el medio y sus especies, exigen la realización de evaluaciones de impacto serias y rigurosas y la ejecución ordenada de este tipo de planeamientos.

b) Islas artificiales

Son numerosos los Estados que han construido islas artificiales en sus aguas territoriales y con fines diversos. Emiratos Árabes Unidos ha sido el país pionero en su desarrollo, lo que ha animado después a otros países del Golfo, como Qatar, Omán, Bahrain, o Kuwait a seguir por el mismo camino, si bien no es en esa área del mundo el único lugar en el que se está produciendo un desarrollo notable de la construcción de islas artificiales. A título meramente ilustrativo, cabrían destacar otras. Tal sería el caso de la isla de Odaiba en la bahía de Tokio, o los aeropuertos de Kansai, Chubu Centrair o Kobe, situados sobre islas artificiales, Isla del Puerto e

106 En relación con esta cuestión, ALDAZ CASANOVA, A.M., “Posibilidades para Combatir el Ruido Oceánico desde el Proyecto de Instrumento Internacional relativo a la conservación y el uso sostenible de la Biodiversidad Marina en zonas más allá de la jurisdicción nacional”, en CASADO RAIGON, R. y MARTÍNEZ PÉREZ, E. J. (Coords), *La Contribución de la Unión Europea a la Protección de los Recursos Biológicos en Espacios Marinos de Interés Nacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp.417-432.

107 Para ver los efectos de los parques eólicos marinos en las pesquerías y la acuicultura de terceros Estados: VAN HOEY, G., BASTARDIE, F., BIRCHENOUGHT, S., DE BACKER, A., GILL, A. de KONING, S., HODGSON, S., MANGI CHAI, S., STEENBERGERN, J., TERMEER, E., VAN DEN BURG, S., HINTZEN, N., *Overview of the effects of offshore wind farms on fisheries and aquaculture*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2021, disponible en <https://maritime-spatial-planning.ec.europa.eu/practices/overview-effects-offshore-wind-farms-fisheries-and-aquaculture>

Isla Rokko, todas ellas en Japón; Isla Edén en Seychelles; Ocean Reef en Panamá; Isla Jurong en Singapur o Treasure Island, Venezian Island o Harbour Island en Estados Unidos.

La propia España no ha estado al margen de este tipo de iniciativas, siquiera a modo de globo sonda. Así, podemos recordar un ya antiguo proyecto, no ejecutado, que lanzó un grupo inmobiliario consistente en la construcción de islas artificiales, de tipo residencial, frente a las costas levantinas, a un kilómetro de la playa de la Malvarrosa en Valencia (“Isla Luna”). Incluso ha habido estudios doctrinales sobre el impacto que podría tener este tipo de construcciones frente a la costa de Barcelona¹⁰⁸. Más allá del impacto medioambiental que este tipo de propuestas podrían tener, todo parece indicar que no son muy convenientes en la costa mediterránea, en un momento en el que el cambio climático está provocando en ella cada vez mayores problemas.

Si nos referimos brevemente a las aguas archipelágicas las conclusiones a extraer son prácticamente idénticas a las señaladas hasta el momento. Si acaso es preciso tener presente que determinadas zonas de esas aguas pueden ser atravesadas por rutas marítimas internacionales, por lo que no deberían construirse islas de esta naturaleza, y donde se haga deberá incorporarse la señalización necesaria para asegurar no solo la navegación de los buques por la zona sino también el sobrevuelo de las aeronaves por la ruta aérea internacional de que se trate. Un ejemplo de construcción de isla artificial en las aguas archipelágicas es el caso de la isla de Hulhumalé en el Estado de Maldivas, inaugurada en el año 2004, con una superficie de 2 km cuadrados¹⁰⁹, o el caso de la Isla de Thilafushi, en ese mismo archipiélago, creada, en este caso, con el fin de que cumpla la función de vertedero. Casos como el de Maldivas serán más habituales en el futuro, pues todo apunta a que incrementará la construcción de islas artificiales con la finalidad de impedir, en los casos más extremos, la propia desaparición de algunos Estados.

B. EN ZONA ECONÓMICA EXCLUSIVA Y PLATAFORMA CONTINENTAL

El artículo 56 de la CNUDM reconoce el derecho del Estado ribereño a explorar y explotar los recursos naturales existentes en la ZEE, a adoptar medidas de conservación y administración de los mismos, tanto en la columna de agua como en el lecho y el subsuelo marino. Ello incluye el derecho a realizar otras actividades con miras a la explotación económica de la zona, como sería el caso de la producción de energía derivada del agua, de las corrientes y de los vientos. Con tal propósito, el Estado ribereño puede establecer y utilizar islas artificiales, instalaciones y estructuras, sobre las que ejercerá su jurisdicción con arreglo a la Convención. En correspondencia con lo anterior, los terceros Estados deberán tener debidamente en cuenta los

108 RABIONET, I.C., GARCÍA, V.G., GALINDO, M.R., “Indicators for Evaluating the Impact of Artificial Island on the Barcelona Coast”, *Coastal Management*, 2008, Vol. 36, pp. 254-273

109 Para ver un trabajo sobre la viabilidad y la eficacia de este tipo de medidas y construcciones: BROWN, S., WADEY, M.P., NICHOLLS, R.J., SHAREEF, A., KHALEEL, Z., HINKEL, J., LINCKE, D., MCCABE, M.V., “Land raising as a solution to sea-level rise: An analysis of coastal flooding on an artificial island in the Maldives”, *Journal of Flood Risk Management*, 2020-I, disponible en https://www.researchgate.net/publication/335638408_Land_raising_as_a_solution_to_sea-level_rise_An_analysis_of_coastal_flooding_on_an_artificial_island_in_the_Maldives

derechos del ribereño, así como las leyes y reglamentos que dicte, obviamente, en la medida en que no sean incompatibles con las disposiciones dedicadas a la ZEE.

Dando un paso más, el artículo 60 de la CNUDM, titulado “Islas artificiales, instalaciones y estructuras en la zona económica exclusiva –que se aplica *mutatis mutandis* a la plataforma continental, según prevé el artículo 80 del mismo texto¹¹⁰– profundiza en el reconocimiento del derecho exclusivo del Estado ribereño a construir, autorizar y reglamentar la construcción, operación así como la utilización de: a) islas artificiales, sin añadir matiz alguno; b) Instalaciones y estructuras, y aquí sí, se advierte que se permite su construcción para los fines previstos en el artículo 56 anteriormente referidos, así como “para otras finalidades económicas”, lo que limitaría el establecimiento a fines económicos, aunque estos pueden llegar a ser muy variados; c) Instalaciones y estructuras que puedan interferir el ejercicio de los demás derechos del Estado ribereño en la zona. El Estado ribereño tiene “jurisdicción exclusiva” sobre instalaciones, estructuras e islas artificiales, “incluida”, advierte la disposición “la jurisdicción en materia de leyes, reglamentos aduaneros, fiscales, sanitarios, de seguridad y de inmigración”¹¹¹, lo que implica que estamos ante una lista abierta de materias, que incluirían, por ejemplo “to prescribe and enforce environmental regulations (including nature conservation standards), or to exercise criminal jurisdiction with regard to offenses committed on or against artificial islands, installations and structures”¹¹².

La construcción de cualquiera de los elementos mencionados debe ser convenientemente notificada y publicitada de tal forma que se pueda advertir permanentemente su presencia, sin que, en ningún caso, puedan interferir en la utilización de vías marítimas reconocidas que sean esenciales para la navegación internacional¹¹³. Aplicando analógicamente lo previsto en el artículo 262 de la citada convención para las instalaciones a los efectos de investigación científica marina, se deberán incluir signos de identificación que indiquen el Estado en que están registrados, así como las señales de advertencia convenidas internacionalmente para garantizar la seguridad marítima y la seguridad de la navegación aérea. Además, el Estado debe comprometerse a retirar cualquiera de tales instalaciones, una vez resulten “abandonadas o en desuso”, avisando de forma adecuada de la profundidad, posición y dimensiones de aquellas que no se hayan retirado completamente¹¹⁴.

110 La Convención de Ginebra sobre Plataforma Continental de 1958 ya hablaba en su artículo 5.2 del derecho del Estado ribereño a construir, mantener y a hacer funcionar en la plataforma continental “instalaciones y otros dispositivos” (no así de islas artificiales), sin llegar tampoco a definirlos, para la exploración y explotación de los recursos naturales.

111 Artículo 60.2 de la CNUDM.

112 PROELSS, A., “Article 60. Artificial islands, installations and structures in the exclusive economic zone”, en PROELSS, A. (Ed.), *United Nations Convention on the Law of the Sea. A Commentary*, *op. cit.*, p. 473. En el mismo sentido TSALTAS, G., BOURTZIS, T., RODOTHEATOS, G., “Artificial islands and structures as a means of safeguarding state sovereignty against sea level rise. A law of the sea perspective”, *op. cit.*, p. 10.

113 Artículo 60.7 de la CNUDM.

114 Artículo 60.3 de la CNUDM. IMO, *Guidelines and Standards for the Removal of Offshore Installations and Standards on the Continental Shelf and in the Exclusive Economic Zone*, IMO Res. A672(16), 19 de octubre de 1989, Anexo. La Convención sobre Plataforma Continental de 1958 exigía la retirada total de las instalaciones o dispositivos en desuso, si bien la práctica de los Estados no era muy respetuosa con tal

Por lo tanto, el estado ribereño puede construir en su propia ZEE una isla artificial, sin que la CNUDM haya limitado los usos que de la misma pueda realizarse, o puede autorizar a un tercero su construcción, lo que implica, consecuentemente, que los terceros Estados no pueden proceder a la instalación de islas artificiales en la ZEE de otro Estado sin su consentimiento. Esa fue precisamente la interpretación realizada por el tribunal arbitral en el asunto del Mar de China Meridional respecto de la actuación de este último Estado, pues concluyó, por ejemplo, que la isla artificial que China había construido en Mischief Reef, sobre lo que calificó como elevación en bajamar, había sido construida dentro de la ZEE filipina, vulnerando, por tanto, el derecho de Filipinas a autorizar la construcción de islas artificiales, fijado en el artículo 60 de la CNUDM¹¹⁵, así como toda una serie de disposiciones de la Convención vinculadas a la obligación de todos los Estados de preservar y proteger el medio y sus especies¹¹⁶.

El problema se plantea sobre todo cuando dos o más Estados reclaman concurrentemente la ZEE sobre una misma área del mar. En tal caso los Estados deben proceder a la delimitación marítima mediante acuerdo, y mientras la controversia se resuelve ninguno de ellos debería proceder a la realización de conductas o actividades que tiendan a agravarla, como ocurriría en el caso de que uno de ellos iniciara la construcción de una isla artificial sobre el espacio en disputa.

Por lo que se refiere a la construcción de instalaciones y estructuras en la ZEE y en la PC, se plantean al menos dos cuestiones: por un lado, con qué finalidad las puede construir el Estado ribereño –pues ya no se trata de espacios sobre los que ostenta soberanía plena–, y, por otro, si los terceros pueden establecer instalaciones y estructuras para fines que pudieran estar autorizados. Y es que la redacción del artículo 60 de la CNUDM ha dado lugar a distintas interpretaciones: en primer lugar, como ya se ha señalado, existe un acuerdo más o menos unánime en torno a la idea de que el Estado ribereño puede construir en su ZEE o en su PC una isla artificial, sea cual sea el fin para el que la misma se destine, pues, como decíamos, el artículo 60.1 a) no ha puesto límite alguno, a diferencia de lo que hace respecto de las instalaciones y estructuras que quedarían limitadas, podría decirse, a su finalidad estrictamente económica, según se desprende del artículo 60.1.b). Así lo interpretaron países como Italia¹¹⁷,

obligación, En ese sentido ver McDADE, P.V., “The Removal of Offshore Installations and Conflicting Treaty Obligations as a Result of the Emergence of the New Law of the Sea: A Case Study”, *San Diego Law Review*, Vol. 24, Núm. 3, 1987, pp. 645-688. Cfr. igualmente la bibliografía citada en NORDQUIST, M. H., *UN Convention on the Law of the Sea Commentary 1982*, Center for Oceans Law and Policy, University of Virginia, Brill Nijhoff, 2013, p. 586, nota 15.

115 Parágr. 1203 del Laudo.

116 En particular, el parágr. 993 del Laudo concluye: “The Tribunal further finds that China has, through its island-building activities at Cuarteron Reef, Fiery Cross Reef, Gaven Reef (North), Johnson Reef, Hughes Reef, Subi Reef and Mischief Reef, breached Articles 192, 194(1), 194(5), 197, 123, and 206 of the Convention”.

117 “... the rights of the Coastal State to build and to authorize the construction, operation and the use of installations and structures in the exclusive economic zone and on the continental shelf is limited only to the categories of such installations and structures as listed in article 60 of the Convention”, disponible en https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI-6&chapter=21&Temp=mtdsg3&clang=_en#EndDec

Alemania¹¹⁸, Holanda¹¹⁹ o Gran Bretaña¹²⁰, en las declaraciones que formularon en el momento de manifestar su consentimiento en obligarse por la CNUDM. Por otro lado, se encontrarían quienes consideran que la construcción de instalaciones y estructuras corresponde en exclusiva al Estado ribereño, sea cual sea su finalidad o su uso, esto es, un régimen idéntico al de las islas artificiales. En esta línea se pronunciaron, por ejemplo, Brasil¹²¹ o Uruguay¹²² en las declaraciones que acompañaron a sendos instrumentos de ratificación de la Convención, o Trinidad y Tobago o Seychelles, según se desprende de su legislación interna, protestada en ambos casos por Estados Unidos¹²³.

La diferencia entre una y otra línea exegética tiene importantes implicaciones, pues, si bien según ambas interpretaciones las estructuras o instalaciones que tienen fines económicos – como las que tienen como propósito la generación de energía marina – como consecuencia del viento, las olas o las mareas, por ejemplo¹²⁴– solo pueden ser construidas por el Estado ribereño o por terceros, previa autorización por su parte, si la instalación o estructura tuviera fines distintos a los económicos, la respuesta sería distinta según cada una de las líneas interpretativas. La primera de ellas permitiría a los terceros Estados su construcción no así la segunda, pues defienden que la construcción de instalaciones y estructuras en ese espacio corresponde en exclusiva al ribereño.

118 “...Apart from artificial islands, the coastal State enjoys the right in the exclusive economic zone to authorize, construct, operate and use only those installations and structures which have economic purposes”, *Ibidem*.

119 “...The coastal state enjoys the right to authorize, operate and use installations and structures in the EEZ for economic purposes. Jurisdiction over the establishment and use of installations and structures is limited to the rules contained in article 56 paragraph 1, and is subject to the obligations contained in article 56 paragraph 2, article 58 and article 60 of the Convention”, *Ibidem*.

120 “The United Kingdom cannot accept any declaration or statement made or to be made in the future which is not in conformity with articles 309 and 310 of the Convention. Article 309 of the Convention prohibits reservations and exceptions (except those expressly permitted by other articles of the Convention). Under article 310 declarations and statements made by a State cannot exclude or modify the legal effect of the provisions of the Convention in their application to the State concerned. The United Kingdom considers that declarations and statements not in conformity with articles 309 and 310 include, *inter alia*, the following:... Those which are not in conformity with the provisions of the Convention relating to the exclusive economic zone or the continental shelf, including those which claim coastal state jurisdiction over all installations and structures in the exclusive economic zone or on the continental shelf, and those which purport to require consent for exercises or manoeuvres (including weapons exercises) in those areas”. *Ibidem*

121 “V. The Brazilian Government understands that, in accordance with the provisions of the Convention, the coastal State has, in the exclusive economic zone and on the continental shelf, the exclusive right to construct and to authorize and regulate the construction, operation and use of all types of installations and structures, without exception, whatever their nature or purpose”, *Ibidem*.

122 “This Convention does not empower any State to build, operate or utilize installations or structures in the exclusive economic zone of another State, neither those referred to in the Convention nor any other kind, without the consent of the coastal State”, *Ibidem*.

123 ROACH, J. A., SMITH, R.W., *Excessive Maritime Claims*, Martinus Nijhoff Publishers, 2012 (3ª Ed.), p. 175.

124 La tecnología ha evolucionado de forma que ahora son posibles los aerogeneradores marinos flotantes en la ZEE, incluso, por qué no, en alta mar, lo que sin duda menoscabará el derecho a la libertad de navegación de los buques y las aeronaves de terceros Estados en ambos espacios.

El laudo dictado por el tribunal arbitral en el asunto del Mar de China Meridional se acercó a las posiciones de quienes defienden que solo el Estado ribereño tiene derecho a construir islas artificiales, instalaciones y estructuras en su ZEE o PC, o bien terceros pero siempre con la autorización de este último: “These provisions speak for themselves. In combination, they endow the coastal State—which in this case is necessarily the Philippines—with exclusive decision-making and regulatory power over the construction and operation of artificial islands, and of installations and structures covered by Article 60(1), on Mischief Reef. Within its exclusive economic zone and continental shelf, only the Philippines, or another authorised State, may construct or operate such artificial islands, installations, or structures”¹²⁵. En la doctrina, Roach ha señalado que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60.1 todas las islas artificiales en la ZEE o PC quedan sometidas a la jurisdicción exclusiva del Estado ribereño, sea cual sea su propósito o uso. Sin embargo, apunta que las instalaciones y las estructuras que no tienen un fin económico o cuyo uso no interfiera con el ejercicio de los derechos del Estado ribereño en la ZEE “are no subject to the exclusive jurisdiction of the coastal state”¹²⁶. En esta misma línea, Kraska ha defendido que “Foreign States, however, are not forbidden to construct installations and structures on a coastal State’s continental shelf per se. Only those installations and structures that are “for the [economic] purposes provided for in article 56” or that ‘interfere with the exercise of the rights of the coastal State’ over its resources require coastal State consent (...). Only those military activities that rise to the level of or of sufficient are of such scale that they do not have “due regard” for the coastal state’s rights to living and non-living resources of the EEZ, and continental shelf are impermiss”¹²⁷. En sentido contrario, Tsaltas, Bourtzis y Rodotheatos defienden que “the construction of AIS on the EEZ and de CS is subject to prior authorization by the relevant coastal state”¹²⁸.

Dado que tanto la ZEE como la PC son áreas del mar caracterizadas por la libertad de navegación y sobre las que los Estados ribereños disfrutan de poderes limitados, es posible que queden espacios jurídicos que permitan a terceros construir instalaciones y estructuras con fines no cubiertos por los derechos que ostentan en ellos los Estados ribereños. Entre esos fines no se incluye la investigación científica marina pues, como es bien sabido, ni en la ZEE ni en la PC existe libertad para los terceros en ese ámbito, de modo que, cualquier estructura o instalación con tales fines debería ser el resultado de una autorización previa por parte del ribereño y de conformidad con las correspondientes disposiciones de la CNUDM¹²⁹. La duda se suscita

125 Parágr. 1035 del Laudo.

126 ROACH, J.A., “Artificial islands in the South China Sea: the legal regime and implications of the Award”, en JAYAKUMAR, S., KOH, T., BECKMAN, R., DAVENPORT, DT., PHAN, H.D., (Eds.), *The South China Sea Arbitration: The Legal Dimension*, NUS Center for International Law Series, 2018, pp. 205-220, en particular p. 208.

127 KRASKA, J., “Military Activities on the Continental Shelf”, disponible en <https://www.lawfaremedia.org/article/military-activities-continental-shelf>

128 TSALTAS, G., BOURTZIS, T., RODOTHEATOS, G., “Artificial islands and structures as a means of safeguarding state sovereignty against sea level rise. A law of the sea perspective”, *op. cit.*, p. 9.

129 No obstante, existen importantes discrepancias en torno al alcance de la competencia del Estado relativa a la investigación científico-marina, discrepancias, por ejemplo, entre Estados Unidos y China, y en la doctrina internacionalista. El debate se centra fundamentalmente en esclarecer si las labores de inteligencia militar entran o no dentro de la investigación científico marina. En palabras de ZANG, es difícil distinguir

en torno a la respuesta que habría de darse si la estructura o instalación tuviera fines distintos, muy particularmente, por razones obvias, si tuviera un fin militar, que es, esencialmente, el fin para el que China construyó una isla artificial sobre la elevación en bajamar de Mischief Reef, en la ZEE de Filipinas.

Lo cierto es que en el seno de la Conferencia Internacional que dio lugar a la CNUDM no se debatió formalmente sobre las actividades militares que pudieran realizarse en el mar y por tanto, tampoco sobre las posibles actividades militares que terceros Estados pudieran llevar a cabo en la zona económica exclusiva de otro, por lo que no hay una disposición que las autorice o prohíba de manera expresa¹³⁰. Es bien sabido, porque así se desprende del preámbulo de la CNUDM y también de varias de sus disposiciones, específicamente de la disposición general contenida en el artículo 301, que el mar debe ser usado con fines pacíficos. Así, el citado artículo, siguiendo un lenguaje muy similar al recogido en el artículo 2.4 de la Carta de Naciones Unidas, señala que “Al ejercer sus derechos y cumplir con sus obligaciones de conformidad con esta Convención, los Estados Partes 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 principios de derecho internacional incorporados en la Carta de Naciones Unidas”¹³¹. Otras disposiciones se refieren igualmente al fin pacífico del mar, como el artículo 88, referido al altamar, o las que hacen referencia a los principios que deben regir en general la investigación científico marina (artículos 240 y 242.1), la investigación científica en la ZEE y PC (artículo 246.3) y en la ZIFMO (artículos 143.1, 147.2 d). Sin embargo, ello no significa en absoluto que esté prohibida toda actividad que tenga una connotación militar¹³². En este sentido, O’Brien ha afirmado de una manera ciertamente expansiva que “UNCLOS does not hamper conventional military activities where it amounts to the exercise of the sea power of a State. States are entitled to use the seas for military manoeuvres, for firing conventional weapons, for installing defence mechanisms and, of particular importance,

entre “marine survey, marine data collection and marine scientific research from perspective of the types and potential uses of collectable data”, ZANG, H., « Is It Safeguarding the Freedom of Navigation or Maritime Hegemony of the United States?: Comments on Raul (Pete) Pedrozo’s Article on Military Activities in the EEZ », *Chinese Journal of International Law*, Vol. 9, Nº 1, pp. 31-47, pp. 35 y ss.

130 PREZAS, I., “Foreign Military Activities in the Exclusive Economic Zone: Remarks on the Applicability and Scope of the Reciprocal ‘Due Regard’ Duties of Coastal and Third States”, *The International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 34, 2019, pp. 97-116, en particular pp. 98-99.

131 Como ha señalado Guilfoyle, si bien está generalmente admitida la realización de maniobras militares en alta mar –no así los ensayos con armas nucleares–, su realización en zona económica exclusiva es otra cuestión, cuestión que la CNUDM no termina de dejar clara. En este sentido, apunta que Estados como Bangladesh, Brasil, Cabo Verde, India, Malasia, Pakistán y Uruguay han afirmado en declaraciones realizadas tras la ratificación de la CNUDM que se requiere el permiso del Estado ribereño para llevar a cabo maniobras militares en la ZEE de otro Estado, opinión discutida por Estados como Francia, Italia, Países Bajos y Reino Unido, así como por Alemania y Estados Unidos. Cfr. GUILFOYLE, “Article 88: Reservation of the sea for peaceful purposes”, *op. cit.*, pp. 682-686.

132 HEINTSCHEL VON HEINEGG recuerda lo que la propia CIJ concluyó en el asunto Nicaragua c. Estados Unidos (fondo) cuando advirtió que las maniobras militares que Estados Unidos realizó cerca de las aguas nicaragüenses no constituyeron una violación del 2.4 de la Carta, HEINTSCHEL VON HEINEGG, W., “Military Activities in the Exclusive Economic Zone”, *Revue Belge de Droit International*, 2014/1, pp. 45-64, p. 55.

for the navigation of naval fleets, including submarines”¹³³. De todo cuanto menciona, nuestro interés en este lugar consiste en esclarecer si un Estado puede construir una estructura o instalación con fines militares en la ZEE de otro Estado, dejando a un lado en este trabajo, por tanto, todo lo que se refiere a otro tipo de actividades militares en el mar¹³⁴.

La posición de los Estados –también de la doctrina– oscila entre dos extremos maximalistas, representados por Estados Unidos y China. Así, Estados Unidos entiende que la naturaleza de la ZEE es funcional, y que por tanto su propósito consiste en garantizar a los Estados ribereños el pleno control sobre los recursos adyacentes a sus costas; desde ese punto de vista, la idea defendida por un grupo de Estados, en el sentido de expandir la autoridad del ribereño a los “derechos residuales” en la ZEE, fue claramente rechazada en el seno de la Conferencia internacional¹³⁵. Sobre la base de tal razonamiento, Estados Unidos defiende que terceros Estados pueden realizar actividades militares en la ZEE de otro sin su consentimiento e incluso sin previo aviso, pues sería la manifestación de otros usos del mar relacionados con las libertades de navegación y sobrevuelo, aplicables en alta mar y a cuyo régimen se remite el párrafo 2º del artículo 58¹³⁶. En el otro extremo, China defiende la existencia de tales derechos residuales en favor del Estado ribereño¹³⁷, esto es, derechos no expresamente regulados en la Convención, lo que le lleva a considerar que está permitida la imposición de restricciones a actividades de terceros, exigiendo notificación e incluso consentimiento previo para todo tipo de actividades en su ZEE¹³⁸.

133 O'BRIEN, “Article 103: Peaceful uses of the seas”, en PROELSS, A. (Ed.), *United Nations Convention on the Law of the Sea. A Commentary*, C.H.Beck, Hart, Nomos, 2017, pp. 1943-1947, en particular p. 1946. Sobre la utilización de la ZEE con fines militares, GALDORISI, G.V., KAUFMAN, A.G., “Military activities in the Exclusive Economic Zone: Preventing uncertainty and defusing conflict”, *California Western International Law Journal*, Vol. 32, 2002, pp. 253 y ss.

134 Para ver ese otro tipo de actividades PEDROZO, R., “Military Activities in the Exclusive Economic Zone: East Asia Focus”, *op. cit.*, pp. 512-543; PEDROZO, R., “Military Activities in the Exclusive Economic Zone”, *International Law Studies*, Vol. 97, 2021, pp. 45-52.

135 Esta misma posición mantuvo Italia, tal y como quedó reflejado en la declaración realizada en el momento de manifestar el consentimiento en obligarse por el tratado: “according to the Convention, the Coastal State does not enjoy residual rights in the exclusive economic zone. In particular, the rights and jurisdiction of the Coastal State in such zone do not include the right to obtain notification of military exercises or manoeuvres or to authorize them”. disponible en https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI-6&chapter=21&Temp=mtdsg3&clang=_en#EndDec. En el mismo sentido, las declaraciones realizadas en el momento de consentir por parte de Alemania, Países Bajos y Gran Bretaña.

136 Negando que las actividades militares estén amparadas en la libertad de navegación y sobrevuelo, ZANG, H., « Is It Safeguarding the Freedom of Navigation or Maritime Hegemony of the United States?: Comments on Raul (Pete) Pedrozo’s Article on Military Activities in the EEZ », *Chinese Journal of International Law*, Vol. 9, N° 1, pp. 31-47.

137 En esa misma línea se encuentran otros Estados como Cabo Verde o Uruguay, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI-6&chapter=21&Temp=mtdsg3&clang=_en#EndDec

138 PREZAS, I., “Foreign Military Activities in the Exclusive Economic Zone: Remarks on the Applicability and Scope of the Reciprocal ‘Due Regard’ Duties of Coastal and Third States”, *op. cit.*, pp. 99 y 101. ZANG, H., « Is It Safeguarding the Freedom of Navigation or Maritime Hegemony of the United States?: Comments on Raul (Pete) Pedrozo’s Article on Military Activities in the EEZ », *Chinese Journal of International Law*, Vol. 9, N° 1, pp. 31-47.

Frente a posiciones quizás extremas como las mencionadas, probablemente haya que buscar un punto intermedio. Así permite deducirlo el laudo dictado por el tribunal arbitral en 2015 en el caso *Chagos Marine Protected Area Arbitration* cuando interpretó el significado que ha de dársele a la expresión obligación del Estado ribereño de “tener debidamente en cuenta” los derechos y los deberes de los demás Estados en su ZEE, en ese caso interpretado respecto de las actividades de investigación científico marina (artículo 56.2 CNUDM)¹³⁹. En tal caso concluyó que tener debidamente en cuenta implica, por lo menos, “both consultation and a balancing exercise with its own rights and interests”¹⁴⁰. Ese mismo sentido podría dársele a la obligación contenida en el artículo 58.3 del mismo tratado, cuando señala que, en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes, los terceros Estados “tendrán debidamente en cuenta” los derechos y deberes del Estado ribereño en su ZEE.

A nuestro modo de ver, si partimos de la base que ha sido una práctica habitual de los Estados la realización de maniobras, de ejercicios o prácticas con armas, de vigilancia e investigación para la obtención de información más allá de las 12 millas marinas, lo que no parece sensato es entender que todo ello convenga que se realice sin siquiera llegar a notificar al Estado ribereño que van a tener lugar al menos algunas de tales actividades, como las maniobras militares, pues es evidente que ello puede poner en peligro la seguridad de los buques que puedan estar realizando actividades de pesca o simplemente que puedan navegar simultáneamente por ese espacio. Pero si de lo que estamos hablando en nuestro caso es de la colocación de una instalación o estructura con fines militares en la ZEE de otro Estado, quizás quepa aplicar en esta circunstancia lo dispuesto en el artículo 59 de la CNUDM¹⁴¹ cuando señala que en los casos en los que el Tratado “no atribuya derechos o jurisdicción al Estado ribereño o a otros Estados en la zona económica exclusiva” y surja un conflicto entre los intereses del Estado ribereño y los de cualquier otro Estado “el conflicto debería ser resuelto sobre la base de equidad y a la luz de todas las circunstancias pertinentes, teniendo en cuenta la importancia respectiva que revistan los intereses de que se trate para las partes, así como para la comunidad internacional en su conjunto”¹⁴².

Tomando en consideración esos criterios nuestra opinión se acerca más a la de quienes defienden que los terceros Estados no tienen libertad para la construcción de estructuras e instalaciones en la ZEE de otro con fines militares, pues casi con total seguridad tales instalaciones interferirán en el ejercicio de los derechos del Estado ribereño, ya sea en su ZEE o en su PC,

139 BEAUCILLON, CH., “Limitating the States’ Military Activities in the EEZ: ‘Due Regard Obligations’ and the Law on the Use of Force Applied to Nuclear Weapons”, *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 34 (2019) pp. 128-143.

140 *The Republic of Mauritius and United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Chagos Marine Protected Area Arbitration*, Award, Award of 18 march 2015, parágr. 534, disponible en <https://files.pca-cpa.org/pcadocs/MU-UK%2020150318%20Award.pdf>

141 YEE, S., “Military Activities in the EEZ. Moving the Debate to Article 59 of the UNCLOS”, en *Towards an international law of coprogresiveness, Part II: Membership, Leadership and responsibilities*, Vol. 2, pp. 179-186.

142 Sobre esta cuestión PROELSS, A., “Article 60. Artificial islands, installations and structures in the exclusive economic zone”, *op. cit.*, p. 472. Negando la aplicabilidad del artículo 59, HEINTSCHEL VON HEINEGG, W., “Military Activities in the Exclusive Economic Zone”, *Revue Belge de Droit International*, 2014/1, pp. 45-64, p. 58.

pues podría afectar a la preservación del medio y sus especies, así como a la seguridad del Estado ribereño y con ella a la paz y la seguridad internacionales en su conjunto. Por ello, a nuestro juicio, tales instalaciones no podrían construirse sino después de realizar las correspondientes consultas con el Estado ribereño, referidas, por ejemplo, al lugar exacto en el que la instalación o estructura vaya a ser colocada, dimensiones, e incluso finalidades específicas, debiendo llegar a un acuerdo basado, como señaló el tribunal arbitral, en la ponderación de los derechos e intereses de las partes¹⁴³.

C. EN ALTA MAR Y EN ZONA INTERNACIONAL DE LOS FONDOS MARINOS Y OCEÁNICOS

El artículo 87 de la CNUDM, que lleva por título “Libertad de la alta mar”, se refiere al régimen de libertades bien conocido, que incluye, “entre otras” –listado no exhaustivo, por tanto–: libertad de navegación, de sobrevuelo, de tendido de cables y tuberías submarinos, libertad de pesca así como –y es esto lo que nos interesa–, “Libertad de construir islas artificiales y otras instalaciones permitidas por el derecho internacional, con sujeción a las disposiciones de la Parte VI”¹⁴⁴. El ejercicio de tales libertades se realizará, según dispone el artículo 87.2 de la CNUDM, teniendo debidamente en cuenta los intereses de otros Estados¹⁴⁵, así como los demás derechos previstos en la Convención para la Zona Internacional de los Fondos Marinos y Oceánicos (ZIFMO)¹⁴⁶. En todo caso, hay que partir de dos ideas: por un lado, el alta mar será utilizada siempre con fines pacíficos (artículo 88 de la CNUDM), por lo que cualquier

143 En este sentido MAGGIO, “Article 80. Artificial islands, installations and structures on the continental shelf”, en PROELSS, A. (Ed.), *United Nations Convention on the Law of the Sea. A Commentary, op. cit.*, pp. 628-633, en particular p. 633; PREZAS, I., “Foreign Military Activities in the Exclusive Economic Zone: Remarks on the Applicability and Scope of the Reciprocal ‘Due Regard’ Duties of Coastal and Third States”, *op. cit.*, p. 106.

144 La Convención sobre el Alta mar de 1958 recogía en su artículo 2 el régimen de libertades al que ésta quedaba sometida, sin que se incluyera referencia alguna al derecho a crear instalaciones, estructuras e islas artificiales, aunque se decía genéricamente “estas libertades, y otras reconocidas por los principios generales del derecho internacional, serán ejercidas por todos los Estados con la debida consideración para con los intereses de otros Estados en su ejercicio de la libertad de alta mar”. Es dudoso que 1958 se considerara la construcción de instalaciones, estructuras o islas artificiales como una libertad reconocida por los principios generales del derecho internacional. De hecho, cuando Guilfoyle aborda esta cuestión menciona la libertad de investigación científica como una libertad reconocida por el derecho internacional, aún cuando no apareciera en la Convención sobre alta mar de 1958, pero no dice lo mismo de la libertad de crear construcciones como las analizadas. GUILFOYLE, “Article 88: Reservation of the sea for peaceful purposes”, *op. cit.*, p. 680.

145 Por ejemplo, la colocación de plantas nucleares podría poner en peligro el medio marino y sus especies. Sobre el particular, BLAKE, M.,J., “Floating Nuclear Plants. A Reasonable Use of the High Seas?”, *California Western International Law Journal*, Vol. 8, num. 2, 1978, pp. 191-227.

146 Para ver un estudio sobre la ZIFMO en perspectiva histórica, cfr. SOBRINO HEREDIA, J.M., “El régimen jurídico de la explotación de los fondos marinos y oceánicos y los intereses de España”, *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, 1999, Nº 3, pp. 609-634. Para ver un trabajo reciente: ALDAZ CASANOVA, A.M., “Protección medioambiental de la Zona Internacional de los Fondos Marinos en su consideración como Patrimonio Común de la Humanidad”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 76-1 (2024), pp. 23-44.

instalación, estructura o isla artificial, deberá construirse bajo esa premisa; por otro lado, ningún Estado puede pretender legítimamente someter cualquier parte del alta mar a su soberanía (artículo 89 de la CNUDM).

En este sentido, y haciendo una lectura literal de la disposición, podría afirmarse que un Estado puede construir libremente una estructura o instalación, incluso una isla artificial, sin que los fines, en principio, estén limitados. No obstante, tal libertad no es en modo alguno absoluta. Para comenzar, porque existe una obligación general recogida en el artículo 192 de la Convención según la cual los Estados tienen la obligación de proteger y preservar el medio marino, y, evidentemente, construcciones como las que estamos tratando conllevan graves perjuicios para el mar por lo que cualquier acción de esta naturaleza debería ser llevada a cabo condicionando toda intervención al cumplimiento de la obligación. Ahondando más en ello, si cualquiera de tales construcciones tuviera como finalidad, por ejemplo, la explotación de los recursos pesqueros existentes en la zona, el Estado en cuestión tendría la obligación de cooperar con los demás Estados con el fin de conservar el medio y sus especies, por lo que, como señalaba, tal libertad se podría ver limitada. En el caso de que se procediera a la construcción de una instalación o estructura con el fin de explorar y explotar¹⁴⁷ los recursos existentes en la ZIFMO, es bien sabido que será necesaria la celebración previa de un contrato con la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos y Oceánicos¹⁴⁸. Igualmente, si cualquiera de tales construcciones tuviera fines militares, la libertad no sería total puesto que, como se ha dicho, la Convención recoge la obligación de utilizar el mar con fines pacíficos, por lo que consideramos un contrasentido que un Estado pudiera construir una instalación, estructura o isla artificial de carácter permanente en altamar¹⁴⁹, por ejemplo, para colocar estratégicamente arsenales militares desde los que poder amenazar con llevar a cabo acciones armadas contra terceros. El alta mar, un espacio no sometido a la jurisdicción de ningún Estado, y la zona internacional de los fondos marinos y oceánicos, patrimonio común de la Humanidad, deberían estar libres de construcciones que pongan en peligro la paz y la seguridad internacionales.

147 Si bien la AIFM ya aprobó los Reglamentos en relación con la exploración de los nódulos polimetálicos (aprobado en 2000 y enmendado sustancialmente en 2014), de los sulfuros polimetálicos (2010) y de las costras de ferromanganeso (2012), aún queda por aprobar el Reglamento de explotación de minerales en los fondos marinos. Precisamente, en estos momentos la AIFM está debatiendo un texto consolidado del Proyecto de Reglamento de explotación de minerales de los fondos marinos (*Cfr. Draft regulations on exploitation of mineral resources in the Area*, ISBA/29/C/CRP.1, 16 de febrero de 2024). Y es que las actividades mineras en las profundidades de mares y océanos constituyen un verdadero desafío, pues es muy probable que la explotación de estos pueda afectar al medio en términos de contaminación, de pérdida de biodiversidad, que traigan consigo la acidificación del agua o el aumento de la temperatura del agua, por ejemplo, por lo que puede resultar prácticamente imposible que la explotación se realice de manera sostenible.

148 Para ver el estado de los contratos de exploración celebrados hasta el momento cfr. <https://www.isa.org/jm/exploration-contracts/>

149 Compartimos la opinión de Samie cuando señaló que una cosa es llevar a cabo ejercicios militares, por ejemplo, de carácter temporal, y otra bien distinta es construir estructuras, instalaciones o incluso islas artificiales de carácter permanente con fines militares. SAMIE, N., “Fixed offshore installations. A new rule of customary International law”, *op. cit.*, p. 523.

IV. CONCLUSIONES FINALES

El medio marino tiene un valor económico y geoestratégico de primera magnitud. Buena prueba de ello es el interés de los Estados por hacerse con las más vastas extensiones del mar a las que la CNUDM les daría acceso. No obstante, algunas disposiciones de la Convención, poco estudiadas hasta hace tan solo un par de lustros, constituyen una fuente de controversia, particularmente en algunas áreas del mar, como es el caso del Mar de China Meridional, donde el gigante asiático viene llevando a cabo una política que hemos denominado expansionista, valiéndose para ello de las posibilidades que ofrecen, por un lado, el artículo 121 de la CNUDM, y por otra, el entramado de disposiciones que se refieren al derecho de los Estados a construir instalaciones, estructuras e islas artificiales en distintos espacios marítimos y con distintos fines. El estudio conjunto de todas esas disposiciones nos ha permitido llegar a algunas conclusiones generales, más allá del caso concreto, sobre las nociones objeto de análisis:

1. Las elevaciones en bajamar –extensión natural de tierra, rodeada de agua y que se encuentra sobre el nivel del mar solo cuando baja la marea– no forman parte del territorio terrestre sino que forman parte de la masa de tierra sumergida del Estado, por lo que tienen el mismo estatuto que espacio marítimo subacuático en el que se encuentran, no siendo susceptibles de apropiación ni por el Estado ribereño, ni mucho menos por terceros Estados.

Las elevaciones en bajamar carecen de espacios propios y cualquier intervención humana que sobre las mismas pueda llevarse a cabo –construyendo sobre ellas estructuras, instalaciones o islas artificiales–, y que solo el Estado que ejerce su soberanía o jurisdicción sobre el espacio en el que se encuentran podría realizar, no alteraría tal situación, más allá de garantizar un máximo de 500 metros de seguridad a su alrededor.

2. Una isla es una extensión natural de tierra, rodeada de agua, que se encuentra sobre el nivel del mar de manera permanente, siempre que reúna una de estas dos características: tener capacidad para la habitación humana o tener vida económica propia. En tal caso, tendrá derecho a los mismos espacios que el territorio continental. No obstante, ni la habitación humana requiere un elevado número de habitantes ni siquiera que estos permanezcan obligatoriamente en la isla de manera permanente, ni en unas condiciones de vida determinadas que a nadie se le exigen; tampoco la noción de “vida económica propia” debe entenderse en los restrictivos términos fijados en el laudo arbitral dictado en el asunto del Mar de China Meridional, pues la interdependencia económica es una señal de identidad de la economía del siglo XXI. Ni la composición geológica ni el tamaño predeterminan el estatuto de una formación marina, si bien es cierto que muy probablemente una isla de un tamaño exiguo no pueda reunir ninguno de los atributos anteriormente referidos.

Una isla sobre la que se interviene mediante la realización de obras de ingeniería con el fin de lograr su supervivencia frente a los efectos adversos derivados del cambio climático, no pierde el estatuto de isla natural ni el derecho a los espacios marítimos que le son propios. Ni los pierde ni tampoco los ve ampliados, pues cualquier medición debería realizarse partiendo de la formación marina original, naturalmente considerada.

3. Una roca es una isla que carece de los atributos de habitabilidad y de vida económica propia, por lo que no posee zona económica exclusiva ni plataforma continental, pero sí disfrutaría

de mar territorial. De conformidad con las conclusiones del Tribunal arbitral en el asunto del Mar de China Meridional, la intervención humana sobre las rocas, con el propósito de hacerlas habitables o de convertirlas en espacios con vida económica propia, de forma artificial, no modificaría su estatuto original y por tanto, no verían ampliados sus derechos marítimos. De este modo, se desincentiva la intervención de los Estados sobre tales formaciones marinas, evitando así que éstos copen cada vez más áreas del mar. Sin embargo, la práctica estatal, sin ser definitiva, apunta hacia una interpretación menos rigurosa, por lo que habrá que ver que ver hasta que punto el Laudo mencionado sienta jurisprudencia.

4. Al margen de cualquier interacción con las formaciones marinas naturales, los Estados tienen libertad para la construcción de instalaciones y estructuras en sus aguas interiores, en su mar territorial y en sus aguas archipelágicas. También pueden crear tales instalaciones y estructuras en su zona económica exclusiva y en su plataforma continental, al menos si las mismas tienen fines económicos. La creación de tales instalaciones y estructuras para la explotación de los recursos minerales y energéticos es ya moneda común, como lo es también ya su establecimiento para el aprovechamiento de la energía renovable marina, ya se trate de la energía fotovoltaica, la eólica marina, o la energía oceánica generada por las mareas y por las olas.

Si los fines para los que se crearan instalaciones y estructuras no fueran económicos sino de otro tipo, particularmente si el fin fuera militar, se acrecientan las dudas sobre la exclusividad del ribereño para llevar adelante tales construcciones, pero lo que parece evidente también es que los terceros Estados carecen de libertad para establecer infraestructuras de ese tipo sin contar con el Estado ribereño, con quien al menos deberán celebrar consultas con el fin de acordar el lugar exacto en el que la instalación o estructura va a ser ubicada, sus dimensiones, e incluso sus finalidades concretas, todo ello con el fin de ponderar los derechos y los intereses de las partes.

5. Los Estados ostentan también el derecho a construir islas artificiales, sea cual sea el fin para el que se creen, tanto en sus aguas interiores, como en su mar territorial, al igual que en la zona económica exclusiva y en su plataforma continental, quedando, por tanto, excluida la posibilidad de que los terceros establezcan islas artificiales en esos espacios, salvo que obtengan previamente la autorización del Estado ribereño.

En alta mar, sin embargo, cualquier Estado disfruta de la libertad de crear instalaciones y estructuras, incluso islas artificiales, dicho lo cual debe tenerse presente que los derechos y libertades reconocidos en la CNUDM a los que nos acabamos de referir se encuentran limitados por la obligación de utilizar el mar con fines pacíficos, lo que limitaría seriamente el establecimiento de tales construcciones con fines militares fuera del territorio soberano de cada Estado, es decir, más allá de su mar territorial, pues estarían en juego, nada más y nada menos que la paz y la seguridad internacionales.

6. El impacto que tanto las instalaciones, estructuras como islas artificiales suponen para el medio marino y para la biodiversidad, sea cual sea la zona en la que se establezcan, exigen estudios rigurosos y detenidos antes de llevar adelante proyectos de esa naturaleza, si se quiere evitar una degradación aún mayor de mares y océanos, así como la violación de la obligación general de preservar el medio y sus especies.

NOTAS

AVANCES HACIA UN ESPACIO EUROPEO DE JUSTICIA DIGITALIZADO

PROGRESS TOWARDS A EUROPEAN AREA OF JUSTICE DIGITALISED

NURIA MARCHAL ESCALONA *

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. RETOS Y EXIGENCIAS PRESENTES EN LA DIGITALIZACIÓN LA JUSTICIA TRANSFRONTERIZA EUROPEA. III. LOS PRIMEROS PASOS. IV. LA IMPLANTACIÓN: LA DIGITALIZACIÓN DE LA NOTIFICACIÓN Y LA OBTENCIÓN DE PRUEBAS TRANSFRONTERIZAS. V. LA CONSOLIDACIÓN: LA DIGITALIZACIÓN DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL TRANSFRONTERIZA Y EL ACCESO DE LOS CIUDADANOS A LA JUSTICIA. VI. CONCLUSIONES.

RESUMEN: La utilización de herramientas tecnológicas en los procesos transfronterizos puede contribuir a mejorar el acceso a la justicia, simplificar trámites, reducir costes y agilizar los tiempos judiciales. Para ello, se debe contar con soluciones tecnológicas adaptadas al entorno transfronterizo y con un marco normativo que dé cobertura a su utilización a través de un diseño jurídico que consiga garantizar el incremento de la eficiencia y la protección de los derechos fundamentales. La Unión Europea ha adoptado varios instrumentos normativos con los que se pretende impulsar la facilitación del acceso a la justicia en el entorno transfronterizo europeo a través de medios digitales. El sistema creado no se funda en la creación de una normativa uniforme sino en el establecimiento de un marco común mínimo y en la coordinación de los sistemas judiciales de países distintos mediante la aplicación de sus normativas nacionales. El presente estudio revisa los avances realizados por el legislador europeo en la implementación de herramientas técnicas en los procesos transfronterizos, con el objetivo de evaluar en qué medida cumplen la promesa de facilitar el acceso a la justicia, identificando sus fortalezas, debilidades y su adecuación al marco legal que regula los derechos fundamentales. Incluye también propuestas de mejora.

ABSTRACT: *The use of technological tools in cross-border processes can contribute to improving access to justice, simplifying procedures, reducing costs, and accelerating judicial timelines. To achieve this, it is necessary to have technological solutions adapted to the cross-border environment and a regulatory framework that supports their use through a legal design that ensures increased efficiency and the protection of fundamental rights. The European Union has adopted several regulatory instruments aimed at facilitating access to justice in the European cross-border environment through digital means. The system created, is not based on the creation of uniform legislation but rather on the establishment of a minimum common framework and the coordination of judicial systems in different countries through the application of their national regulations. This study reviews the progress made by the European legislator in implementing the use of technical tools in cross-border proceedings, with the aim of assessing how they respond to the promise of facilitating access to justice, identifying their strengths, weaknesses, and their alignment with the legal framework regulating fundamental rights. It also includes proposals for improvement.*

Fecha de recepción del trabajo: 21 de octubre de 2024. Fecha de aceptación de la versión final: 3 de diciembre de 2024.

* Catedrática de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada. Miembro de la Unidad de Excelencia de Investigación “Sociedad Digital: Seguridad y Protección de Derechos” (SD2) de la Universidad de Granada. Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Ministerio de Ciencia e Innovación Proyectos de Transición Ecológica y Digital 2021. Referencia: TED2021-131127B-I00. Correo electrónico: nmarchal@ugr.es. Fecha de consulta de las páginas web: 14/10/2024.

PALABRAS CLAVE: Cooperación transfronteriza, digitalización, espacio judicial europeo, comunicación entre autoridades, presentación digital de escritos, notificación electrónica, videoconferencia.

KEY WORDS: Cross-border cooperation, digitisation, European judicial area, communication between authorities, digital filing of pleadings, electronic notification, videoconferencing.

I. INTRODUCCIÓN

La transformación digital constituye un paso esencial para mejorar el acceso a la justicia, la eficiencia, la calidad y la transparencia de los sistemas judiciales de los Estados miembros de la Unión Europea (en adelante, UE), como así recuerda la Comunicación de la Comisión, publicada el 2 de diciembre de 2020, sobre “*La Digitalización de la Justicia en la UE. Un abanico de oportunidades*”¹. El empleo de las herramientas tecnológicas en los procesos judiciales transfronterizos puede contribuir a facilitar el acceso a la justicia, a reducir tiempo de tramitación y ahorrar costes. Sin embargo, su efectiva implantación precisa de un marco normativo que articule la cooperación entre las autoridades judiciales de los Estados miembros y facilite el acceso electrónico de los ciudadanos a la justicia. Para ello, se debe contar con soluciones tecnológicas adaptadas al entorno transfronterizo y con un marco normativo que dé cobertura a su utilización a través de un diseño jurídico que consiga garantizar el incremento de la eficiencia, la protección de los derechos fundamentales y su accesibilidad. La justicia transfronteriza debe ser accesible para autoridades y ciudadanos, especialmente para los más vulnerables. El reto es, como queda patente en la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales (Considerando 7²), alcanzar en la UE un modelo de justicia digital que refuerce la dimensión humana y respete los derechos fundamentales de las personas. Europa aspira a lograr un futuro digital sostenible, más próspero y centrado en el ser humano³.

La UE lleva décadas impulsando la digitalización de la Justicia transfronteriza entre los Estados miembros⁴. Han sido numerosos los instrumentos normativos que, al amparo del artículo 81.2º del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE⁵), han sido adoptados con el propósito de mejorar la eficacia de los litigios transfronterizos⁶. La pandemia

1 Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52020DC0710>.

2 Disponible en: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/library/european-declaration-digital-rights-and-principles>.

3 LAZARI, A., “La protección de los derechos digitales: Una cuestión identitaria europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 1, Vol. 16, 2024, pp. 295-318, p. 316. En este mismo sentido, véase la Recomendación de la OCDE sobre el acceso a la justicia y los sistemas de justicia centrados en las personas, 2023. Disponible en: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0498>.

4 Al respecto véase, ELVIRA BENAYAS, M.ª.J., “Digitalización de la cooperación judicial internacional en materia civil o mercantil en la Unión Europea”, *La Ley. Unión Europea*, núm.101, 2022, pp. 1-10; GASCÓN INCHAUSTI, F., “La e-Justicia en la Unión Europea: Balance de situación y planes para el futuro (EN DICIEMBRE DE 2009)”, en SENÉS MOTILLA, C. (dir.), *Presente y futuro de la E-Justicia y la Unión Europea*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 83-125, disponible en <https://docta.ucm.es/rest/api/core/bitstreams/db817cfc-2727-48d1-b1a0-7be31ba5690b/content>.

5 *DOUE*, C 83, 30 de marzo de 2010.

6 GASCÓN INCHAUSTI, F., y PEITADO MARISCAL, P., “Introducción. El análisis del proceso civil español desde el prisma del derecho europeo: entre la utilidad y la necesidad”, en GASCÓN INCHAUSTI,

del Covid-19 solo aceleró dicho proceso. De hecho, la “desmaterialización” de los procesos europeos –monitorio europeo⁷ y de escasa cuantía⁸– y la implantación de la Plataforma Europea ODR (*Online Dispute Resolution*) constituyen los primeros pasos dados por el legislador europeo en esta dirección. No obstante, es en la última década cuando se han intensificado los esfuerzos para proporcionar un marco normativo propicio que facilite la digitalización de la justicia transfronteriza entre los Estados miembros. A tales efectos, han sido adoptados tanto el Reglamento (UE) núm. 2020/1783 sobre obtención de pruebas en el extranjero (en adelante, Reg. 2020/1783⁹) como el Reglamento (UE) núm. 2020/1784 sobre notificación de documentos judiciales en el extranjero (en adelante, Reg. 2020/1784¹⁰)¹¹ y el Reglamento (UE) núm.

F., y PEITADO MARISCAL, P. (dirs.), *Estándares europeos y proceso civil. Hacia un proceso civil convergente con Europa*, Atelier, Barcelona, 2022, p. 11.

7 Reglamento (CE) núm. 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo (*DOUE*, L 399, de 30 de diciembre de 2006) –en adelante, RPME–.

8 Reglamento (CE) núm. 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía (*DOUE*, L 199, de 1 de julio de 2007) –en adelante, RPEEC–.

9 *DOUE*, L 405, de 2 de diciembre de 2020. Este instrumento ha desplazado, desde su entrada en vigor, al Reglamento (CE) núm. 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil (en adelante, Reg. 1206/2001) –*DOUE*, L 174, de 27 de junio de 2001 –. Sobre este, véase KNÖFEL, O.L., “Die Neufassung der Europäischen Beweisaufnahmeverordnung (EuBewVO)”, *RIW*, 2021, pp. 247–260; RICHARD, V., “La refonte du règlement sur l’obtention des preuves en matière civile”, *Rev.cr.dr.int.pr.*, núm. 1, 2021, pp. 66-67; LEANDRO, A., *L’assunzione delle prove all’estero in materia civile nell’era dell’innovazione digitale. La rifusione delle norme applicabili ai rapporti fra gli Stati membri dell’Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2021; MARCHAL ESCALONA, N., “El nuevo marco europeo sobre notificación y obtención de pruebas en el extranjero: hacia un espacio judicial europeo digitalizado”, *REDI*, núm. 1, Vol. 74, 2022, pp. 155-179; ONTANU E.A., “Normalising the use of electronic evidence: Bringing technology use into a familiar normative path in civil procedure”, *Socio-Legal Series*, Vol. 12, 2022-3, pp. 582–613; NORES TORRES, L.E., “El Reglamento (UE) 2020/1783 sobre obtención de pruebas en el extranjero y su traslación al proceso laboral”, *Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, Vol. 10, núm. 2, 2022, pp. 67-100.

10 *DOUE*, L 405, de 2 de diciembre de 2020. Este Reglamento vincula a todos los Estados miembros de la UE incluyendo a Dinamarca en base al Acuerdo entre la CE y Dinamarca relativo a la notificación y traslado de documentos, publicado en el *DOUE*, L 19, de 21 de enero de 2021, y deroga al Reglamento núm. 1393/2007 el Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, y por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1348/2000 del Consejo (*DOUE*, L 324, de 10 de diciembre de 2007). Para un análisis del mismo, véase RICHARD, V., “A refonte du règlement sur la notification des actes judiciaires et extrajudiciaires”, *Rev.cr.dr.int.pr.*, núm. 2, 2021, pp. 349-360; BAREI, B., “Le notificazioni nello spazio giuridico europeo dopo il Regolamento (UE) 2020/1784”, *Riv.dir.int.pr.proc.*, núm. 2, 2022, pp. 531-561; AGUILERA MORALES, M., “El Reglamento (UE) 2020/1784 sobre notificación y traslado transfronterizo de documentos: novedades e implicaciones internas”, *Revista General de Derecho Europeo*, 2022, núm. 57, pp. 6-36; MARCHAL ESCALONA, N., “El nuevo marco...”, *loc. cit.*, pp. 155-179; *id.* “La digitalización de la notificación en el espacio judicial europeo”, en LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M. y CALAZA LÓPEZ, S. (dir.), *Digitalización de la Justicia: Prevención, Investigación y enjuiciamiento*, Thomson Reuters/ Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp. 387-415.

11 FABIG, P., WINDAU, B., “Die Neufassungen der Europäischen Zustellungs- und Beweisaufnahmeverordnungen. Vereinfachung für grenzüberschreitende Verfahren?”, *NJW*, 2022, pp. 1977-1981.

2023/2844 sobre la digitalización de la cooperación judicial y del acceso a la justicia en asuntos transfronterizos civiles, mercantiles y penales, que modifica determinados actos jurídicos en el ámbito de la cooperación judicial (en adelante, Reglamento de Digitalización), así como la Directiva (UE) 2023/2844 que lo acompaña¹².

Este nuevo marco europeo trata de aprovechar las tecnologías de la información y la comunicación (TICs) para fomentar la cooperación judicial civil europea y facilitar el acceso de la justicia a los ciudadanos en los procesos transfronterizos. Entre sus logros, cabe señalar la creación de la infraestructura necesaria para posibilitar la comunicación electrónica directa entre las autoridades judiciales y con los ciudadanos, la admisión de la notificación judicial electrónica y la celebración de vistas orales a través de videoconferencia en contextos transfronterizos. Para ello, contiene previsiones destinadas a fortalecer la interconectividad e interoperabilidad de las comunicaciones electrónicas de manera rápida, directa, segura y fiable¹³, garantizando la protección, la privacidad y la confidencialidad de los datos transmitidos, así como el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Estos instrumentos han supuesto un avance muy importante en la definición del modelo europeo de digitalización de la cooperación judicial en materia civil y en la creación de la infraestructura europea destinada a servir a esta finalidad. No obstante, todavía nos encontramos en el proceso de implantación del sistema digital europeo, que por su complejidad requiere de fases para su puesta en marcha definitiva. Además, se trata de un marco jurídico que, en ningún caso, ofrece una regulación exhaustiva. Su implementación depende de la normativa procesal de los distintos Estados miembros, que han integrado las TICs en sus sistemas judiciales de manera desigual. Esta disparidad constituye una de las principales debilidades del sistema normativo europeo y uno de los mayores obstáculos para la implementación efectiva de la vía digital en los procesos transfronterizos.

El objetivo del presente capítulo es revisar la evolución y las innovaciones del sistema europeo a fin de evaluar en qué medida facilita la cooperación judicial internacional y el acceso de los ciudadanos a la justicia. El estudio analiza los elementos de construcción del nuevo sistema digital europeo de la cooperación judicial en materia civil y describe los retos que deberá superar. Para ello, analizaremos los desafíos, las exigencias y el marco vigente de los derechos fundamentales. Incluye también propuestas de mejora, así como recomendaciones para desarrollos futuros.

12 *DOUE*, L 2844, de 27 de diciembre de 2023.

13 CONTINI, F. y LANZARA, G.F., *Building interoperability for European civil proceedings online*, Clueb, Bologna, 2013.

II. RETOS Y EXIGENCIAS PRESENTES EN LA DIGITALIZACIÓN LA JUSTICIA TRANSFRONTERIZA EUROPEA

1. Disponibilidad de herramientas digitales interoperables

No cabe duda de que las herramientas tecnológicas contribuyen a mejorar el acceso a la justicia, lo que permite una gestión más eficiente de la administración de la justicia¹⁴. Además, de favorecer el logro del objetivo número 16 de los ODS¹⁵.

Las autoridades judiciales y los ciudadanos deben contar con infraestructuras y herramientas que permitan que la comunicación a distancia tenga lugar de forma rápida, directa, segura, confidencial y accesible protegiendo a todos los usuarios, desde los más jóvenes hasta los más ancianos. Para ello la interoperabilidad de las comunicaciones entre autoridades competentes resulta crucial. A tal fin, los pilares tecnológicos sobre los que se fundamenta el nuevo sistema europeo son el sistema informático descentralizado, el e-Codex y el punto electrónico, cada uno de los cuales cumple una función específica, como se verá a continuación. Y ello, sin perjuicio de la posibilidad de utilizar, dentro de los límites establecidos, las herramientas electrónicas previstas en los sistemas procesales de los distintos Estados miembros, tanto para la notificación directa al destinatario (art. 19 Reg. 2020/1784) como para la celebración de vistas orales a distancia (art. 5 Reglamento de Digitalización). Sin embargo, su aplicación, como se verá, varía entre los Estados miembros, ya que, a pesar de los avances en la digitalización de la justicia, existen importantes diferencias en la forma en que cada país ha integrado las tecnologías de la información y la comunicación (TICs) en sus sistemas judiciales

Para asegurar que las herramientas electrónicas contribuyan positivamente al acceso a la justicia, los Estados miembros deben asignar recursos suficientes para mejorar las competencias digitales de los ciudadanos. Los jueces, abogados y otros profesionales del derecho deben recibir también la formación adecuada en el uso de herramientas digitales, lo que implicará una inversión en capacitación y recursos.

2. Herramientas seguras y respetuosas con el marco legal regulador de derechos fundamentales

Para lograr con éxito la plena digitalización de la justicia europea transfronteriza, es fundamental contar con infraestructuras y equipamientos técnicos que proporcionen una comunicación segura entre las autoridades competentes y sean respetuosos con los derechos funda-

14 ESTEBAN DE LA ROSA, F., “Obligaciones, derechos y garantías frente a las brechas digitales en la vertebración de la justicia en línea”, en RODRÍGUEZ AYUSO, J.F. (coord.), *Nuevos retos en materia de derechos digitales en un contexto de pandemia: perspectiva multidisciplinar*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp. 439-470, pp. 447-448; FIERBINTEANU, G. y NEMES, V., “Digital tools for judicial cooperation across the EU– the benefits of digital technologies in judicial proceedings”, *Lex et Scientia*, 2022, pp. 1-9; VELICOGNA, M., “Justice Systems and ICT: What can be learned from Europe?”, *Utrecht Law Review*, 2007, pp. 129-147.

15 Disponible en: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/peace-justice/>.

mentales. Los medios electrónicos utilizados deben garantizar altos niveles de autenticidad, exactitud, fiabilidad y credibilidad de los documentos transmitidos¹⁶. Han de procurar que quede constancia fehaciente de la transmisión y recepción de la comunicación, así como del contenido de lo comunicado, y permitir la correcta identificación de los participantes en la misma. La garantía de origen, integridad de la información y confidencialidad del documento comunicado judicialmente es un factor esencial para la confianza en el funcionamiento del sistema judicial¹⁷. De hecho, la exigencia de autenticar a los participantes constituye uno de los aspectos más relevantes para garantizar la seguridad en la relación electrónica entre las autoridades judiciales y con los ciudadanos. De esta manera, se asegura que ninguna persona que no sea su legítimo destinatario pueda acceder a su contenido. Por ello, y para generar confianza en el sistema, es imprescindible el uso de sistemas de autenticación¹⁸. En este sentido, el Reglamento (UE) núm. 910/2014 (en adelante, Reglamento e-IDAS¹⁹), que establece un marco regulador común para el reconocimiento de los medios de identificación electrónica y los servicios de confianza electrónicos, deviene esencial para la implantación y el éxito de la justicia digital en la UE.

Por su parte, en el uso de la videoconferencia, ya sea para obtener pruebas o para la celebración de vistas orales en procesos civiles con repercusión transfronteriza, las partes involucradas deben contar con una infraestructura adecuada, que incluya una conexión a Internet estable y equipos de audio y video funcionales²⁰. Los medios técnicos empleados deben ser seguros, confiables y garantizar la integridad de la audiencia. Es esencial asegurar una comunicación bidireccional y simultánea correcta de la imagen y el sonido, así como una interacción visual, auditiva y verbal fluida entre todos los intervinientes²¹. Cualquiera que sea la tecnología utilizada, se debe garantizar el derecho de las partes a ser oídas y a presentar su defensa. Se debe contar con una infraestructura tecnológica fiable, segura y de calidad para asegurar la inte-

-
- 16 KRAMER, X., “Access to Justice and Technology: Transforming the Face of Cross-Border Civil Litigation and Adjudication”, en BENYEKHEF, K., BAILEY, J., BURKELL, J. y GELINAS, F. (eds.), *e-Access to Justice*, University of Ottawa Press. Ottawa, 2016. Pp. 351-375.
- 17 ESTEBAN DE LA ROSA, F. et ALIA, *Justicia Digital. Guía para el diálogo sobre el diseño y uso eficiente, de calidad y ético de herramientas tecnológicas en la justicia civil*, p. 39. Disponible en: <https://hdl.handle.net/10481/76835>.
- 18 Véase el documento Modernización de los sistemas judiciales en la UE. Preguntas y respuestas. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/qanda_20_2247.
- 19 Reglamento (UE) núm. 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014 relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE (DOUE, L 257, de 28 de agosto de 2014).
- 20 BIASIOTTI, M.A., “Present and Future of the Exchange of Electronic Evidence in Europe”, en BIASIOTTI M.A. et AL., *Handling and Exchanging Electronic Evidence Across Europe*, Springer, Dordrecht-Heidelberg-New York-London, 2018, pp.13-32; DAVIES, M., “Taking Evidence by Video-Link in International Litigation”, en EINHORN, T. (ed.) *Intercontinental Cooperation Through Private International Law. Essays in Memory of Peter E. Nygh*, T.M.C. Asser Press, Den Haag, 2004, pp. 69-88.
- 21 ESTEBAN DE LA ROSA, F., “Digitalización avanzada de la administración de justicia: la perspectiva de la protección de los derechos”, en BARBOSA RAMOS, P.R., PORTO DE CARVALHO, M.H., BARBOSA RAMOS, E.M. (coords.), *Direito, Novas Tecnologias e Desenvolvimento*, CRV, Brasil, 2023, pp. 181-209.

gridad y fluidez de las audiencias virtuales. La calidad de la conexión es crucial para el buen desarrollo del proceso por videoconferencia²².

En cualquier caso, la implantación de nuevas tecnologías en el ámbito judicial debe diseñarse de forma que respete los derechos fundamentales, garantizando el acceso a la justicia de todas las personas. El marco regulatorio europeo debe ser exigente en la protección efectiva del derecho fundamental de acceso a la justicia, tal como se proclama en la normativa internacional (art. 6.1º del Convenio Europeo de Derechos Humanos –en adelante, CEDH–²³ y el art. 47 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales –en adelante, CEDF–²⁴) y en los sistemas nacionales (art. 24 Constitución española).

Para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), el uso de la notificación electrónica y las videoconferencias puede ser compatible con este derecho fundamental. Según el TEDH, es incontrovertible que el uso de la notificación electrónica es compatible con los derechos fundamentales, como se evidenció en la decisión adoptada en el caso *Stichting Landgoed Steenberghe y otros vs. Países Bajos* (GS), núm. 19732/17, TEDH 2021²⁵, siempre que: 1) el medio sea accesible y 2) exista un equilibrio entre los intereses en presencia (§ 47). De hecho, en el caso *Zavodnik v. Eslovenia* (GS), núm. 53723/13, TEDH 2015²⁶, el Tribunal consideró que se había vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva porque el medio de notificación utilizado no cumplía con el requisito de accesibilidad, lo que llevó a una falta de conocimiento efectivo de las actuaciones procesales por parte del demandado²⁷. Esto subraya la importancia de que los sistemas electrónicos sean funcionales y estén diseñados de manera que todas las partes puedan acceder a ellos sin obstáculos indebidos. Asimismo, el TEDH ha considerado que el uso de la videoconferencia en los actos procesales puede ser compatible con los derechos fundamentales, siempre que: 1) que se persiga una finalidad legítima y 2) que se respeten los derechos de defensa²⁸.

El uso de tecnologías innovadoras en la gestión de procedimientos transfronterizos debe ir acompañada de medidas que no dejen atrás a las personas más vulnerables ni a las personas con discapacidad, en sintonía con lo dispuesto en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006²⁹ (en adelante

22 GARCÍA SANZ, J. y GONZÁLEZ GUIMARAES-DA SILVA, J., “Las «vistas telemáticas» en el proceso civil español: visión comparada, regulación y cuestiones prácticas que suscita su celebración”, 2020, *Diario La Ley*. Disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbf1CTEAAmNDIwMTC7WylKLizPw827DM9NS8kIQAYoIO-6SAAAAA=WKE>.

23 Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966 (*BOE*, núm. 243, de 10 de octubre de 1979).

24 *DOUE*, núm. 364, de 18 de diciembre de 2000.

25 ECLI:CE:ECHR:2021:0216JUD001973217.

26 ELI:CE:ECHR:2015:0215JUD005372313.

27 MARCHAL ESCALONA, N., “La notificación electrónica en el Espacio Judicial Europeo: Retos y problemas”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, Vol. 15, núm. 2, 2023, pp. 736-766, pp. 743-744.

28 § 72 de la Sentencia dictada en el caso *Marcello Viola c. Italia* (GS), núm. 5106/04, TEDH 2006, (ELI:CE:ECHR:2006:1005JUD004510604).

29 *BOE*, núm. 96, de 21 de abril de 2008.

Convención NU), y que proporcionen altos niveles de ciberseguridad. Además, debe garantizarse el cumplimiento de la normativa europea de protección de datos, tal y como se exige los Reglamentos (UE) núm. 2016/679 (en adelante, RGPD)³⁰ y núm. 2018/1725³¹ y de la Directiva 2002/58/CE³² hasta que no se adopte el Reglamento *e-Privacy*³³, lo que dependerá de la entidad, de la UE o nacional, que gestione el sistema y de las autoridades en las que recaiga la gestión del tratamiento de datos personales³⁴. Esta obligación implica que todo intercambio o transmisión de información realizado por las autoridades competentes deberá llevarse a cabo de conformidad con dicha normativa, es decir, respetando los principios de licitud, lealtad y transparencia; limitación de la finalidad; minimización de los datos; exactitud; limitación del plazo de conservación; integridad y confidencialidad; y responsabilidad proactiva (art. 5.2º RGPD). Además, toda información transmitida deberá ser utilizada por el organismo receptor únicamente para los fines para los que fue transmitida. De igual forma, los datos personales que no sean pertinentes para la tramitación de un asunto específico deberán ser eliminados de inmediato. Garantizar la aceptación legal y el valor probatorio de los documentos electrónicos se ha vuelto un aspecto clave para el funcionamiento de la justicia.

En suma, el entorno digital en los procesos transfronterizos europeos debe ser seguro y ofrecer protección. Todos los usuarios, desde los más jóvenes hasta los más ancianos, deben estar capacitados y protegidos. Los sistemas informáticos y las tecnologías de comunicación digital correspondientes deben ser también accesibles, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de NU.

III. LOS PRIMEROS PASOS

La UE lleva décadas impulsando la digitalización de la justicia. La “desmaterialización” de los procesos europeos y la implantación de medios alternativos de solución de conflictos constituyen los primeros pasos dados por el legislador europeo en la búsqueda de una justicia más eficiente.

30 Reglamento (UE) núm. 2016/679 del Parlamento y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE – en adelante, RGPD– (*DOUE*, L núm. 119, de 4 de mayo de 2016).

31 Reglamento (UE) núm. 2018/1725 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y a la libre circulación de esos datos, y por el que se derogan el Reglamento (CE) núm. 45/2001 y la Decisión núm. 1247/2002/CE (*DOUE*, L núm. 295, de 21 de noviembre de 2018).

32 Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de julio de 2002 relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (*DOCE*, L 201, de 31 de julio de 2002).

33 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el respeto de la vida privada y la protección de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas y por el que se deroga la Directiva 2002/58/CE (e-Privacy) [COM/2017/010 final – 2017/03 (COD)].

34 FONTESTAD PORTALÉS, L., “Evolución y avances en materia de cooperación judicial internacional a través de las transmisiones electrónicas”, en LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M. y CALAZA LÓPEZ, S. (dirs.), *Digitalización de la Justicia: Prevención, Investigación y Enjuiciamiento*, Thomson Reuters/ Aranzadi, Ciruz Menor (Navarra), 2022, pp. 239-268, p. 245.

1. La “desmaterialización” de los procesos europeos

En la Comunicación de la Comisión Europea titulada “*Hacia una estrategia europea en materia de E-Justicia*”³⁵, se proponían diversas acciones para digitalizar la justicia entre 2008 y 2013, destacando la creación del Portal Europeo de e-Justicia³⁶. Este portal tenía como objetivo facilitar el acceso a procedimientos europeos, lo que requería el uso de medios electrónicos. En este contexto, tanto el Reglamento que regula el procedimiento monitorio europeo (en adelante, RPME) como el Reglamento que regula el proceso europeo de escasa cuantía (en adelante, RPEEC)³⁷ permiten la utilización de herramientas tecnológicas en la tramitación de estos procesos, mediante formularios normalizados para la comunicación entre las partes y el tribunal, disponibles en todas las lenguas en el Portal Europeo de e-Justicia³⁸.

De hecho, la tramitación del procedimiento monitorio europeo (en adelante, PME) puede realizarse de forma completamente electrónica debido a su estructura, basada en formularios obligatorios tanto para las partes como para el órgano jurisdiccional. Al no incluir vista oral, pruebas ni audiencia al demandado, se presta a su desmaterialización total. El RPME permite que el PME se tramite, desarrolle e inicie de forma telemática, aunque también se contempla la posibilidad de realizarlo en papel³⁹. Por su parte, el RPEEC también prevé el uso de nuevas tecnologías en diversas etapas del proceso, a pesar de ser un procedimiento principalmente escrito⁴⁰.

En concreto, fue en el Plan de Acción Plurianual 2009-2013 sobre la justicia en red europea cuando el Consejo de la Unión Europea propuso la posibilidad de presentar solicitudes del

35 Véase la Comunicación de 30 de mayo de 2008 [COM (2008), 329 final].

36 Véase BUENO DE MATA, F., “Justicia online y ciudadanía: el portal europeo e-justicia como medio de información y apoyo a los ciudadanos para solventar sus litigios transfronterizos”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 18, 2011, pp. 191-219.

37 Téngase en cuenta que ambos Reglamentos fueron reformados mediante el Reglamento (UE) 2915/2421 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2015, por el que se modifican el Reglamento (CE) núm. 861/2007 por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía, y el Reglamento (CE) por el que se establece un proceso monitorio europeo (DOUE, L 34, de 24 de diciembre de 2015).

38 Sobre la desmaterialización de los procesos europeos, véase ARANGÜENA FANEGO, C., “Perspectivas de la e-Justicia en Europa”, en SENÉS MOTILLA, C. (coord.), *Presente y Futuro de la e-Justicia en España y en la Unión Europea*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 29-81, pp.76-78.

39 Sobre la tramitación electrónica del PME, véase ANTÓN JUÁREZ, I., “El proceso monitorio europeo: ¿Un proceso ágil y económico para la reclamación de créditos no impugnados transfronterizos?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 2, Vol. 14, 2022, pp. 92-165, p. 104.

40 En concreto, el demandante puede presentar la demanda por cualquier medio de comunicación, incluido el correo electrónico, siempre que sea aceptado por el Estado miembro correspondiente (art. 4.1º RPEEC). Asimismo, la vista puede celebrarse mediante tecnologías de comunicación, como la videoconferencia o teleconferencia, si el órgano jurisdiccional dispone de los medios adecuados, salvo que su uso no sea apropiado en función de las circunstancias del caso (art. 8 RPEEC). Las partes citadas a comparecer en una vista oral pueden solicitar el uso de herramientas de comunicación a distancia, siempre que estén disponibles (art. 8.3º RPEEC). También se permite el uso de tecnología en la práctica de la prueba (art. 9.3º RPEEC) y en la notificación de documentos (art. 13 RPEEC), aunque esta posibilidad solo es válida para ciertos documentos y si el medio es técnicamente disponible y aceptado en el Estado miembro donde se sustancia el proceso y el Estado de residencia del destinatario, quien debe haber dado su consentimiento o estar legalmente obligado a aceptar dicho medio.

PME y del PEEC de manera electrónica⁴¹. Para facilitar esta opción, se implementó el Proyecto e-Codex⁴², cuyo objetivo es permitir a ciudadanos, empresas y profesionales del Derecho en toda Europa acceder de manera eficiente a la justicia transfronteriza mediante el intercambio de datos en línea⁴³.

Lamentablemente, la aplicación práctica de esos instrumentos procesales ha sido escasa en la UE y, en particular, en nuestro país. Tanto los datos estadísticos como los jurisprudenciales lo revelan⁴⁴. Su fracaso se debe a una combinación de factores, incluyendo la falta de conocimiento y acceso, diferencias tecnológicas y jurídicas entre los Estados miembros, y la resistencia cultural hacia los procedimientos electrónicos. Si bien el PME y PEEC tienen el potencial de simplificar y agilizar la resolución de disputas transnacionales, potenciar su uso implica un esfuerzo coordinado a nivel de sensibilización, infraestructura tecnológica, armonización legal y confianza en la justicia electrónica. Es fundamental que tanto los usuarios como los operadores jurídicos perciban estos procesos como accesibles, eficaces y seguros.

2. La Plataforma Europea ODR

Las entidades de resolución alternativa de controversias (en adelante, entidades RAL) constituyen, a menudo, la opción más adecuada para que un consumidor resuelva disputas de escasa cuantía en el ámbito transfronterizo, dada la lentitud y los altos costes de los procesos judiciales⁴⁵. El desarrollo de las TICs ha permitido potenciar y ofrecer al consumidor transfronterizo un sistema de resolución alternativa de litigios más ágil, efectivo y económico, sin que ello impida al consumidor el acceso a la justicia estatal⁴⁶. A tal efecto, el legislador europeo creó, en virtud del Reglamento (UE) 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre reso-

41 *DOUE*, C 75, de 31 de marzo de 2009.

42 e-Codex es un proyecto de cooperación judicial transfronteriza, basado en el principio de subsidiariedad, cuyo objetivo es facilitar el acceso a la justicia a los particulares (individuales y empresarios) en Europa. Fue creado por el Ministerio de Justicia alemán con la participación de algunos Estados miembros de la UE (Austria, Bélgica, Croacia, República Checa, Estonia, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Lituania, Malta, Letonia, España, Portugal, Rumania y Polonia) en colaboración con terceros Estados (Turquía, Reino Unido y Noruega) y terceras partes asociadas [el *Council of Bars and Law Societies of Europe* (CCBE), la *European Chamber of Bailiffs* (CEHJ) y el Consejo de los Notariados de la Unión Europea (CNUE)].

43 DOMÍNGUEZ RUIZ, L., “La evolución de la Justicia en red en los procedimientos europeos de tutela del crédito”, *Revista Jurídica Portucalense*, Vol. II, 2022, pp.107-119.

44 AA.VV., *Ejecución de decisiones relativas a deudas monetarias en la Unión Europea. Experiencia española y adopción de decisiones informadas*, OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C. (dir.), 2020, Dykinson, Madrid.

45 MARCHAL ESCALONA, N., “Entidades de RAL de consumo y sistemas judiciales” en PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, F.J., (dir.), *ADR, ODR y Justicia del Futuro: Propuestas y medidas que eviten la judicialización de conflictos*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, pp. 399-423.

46 Al respecto, véase ESTEBAN DE LA ROSA, F., “Régimen de las reclamaciones de consumo transfronterizas en el nuevo Derecho europeo de resolución alternativa y en línea de litigios de consumo”, *REDI*, Vol. 69, núm. 1, 2017, pp. 109-137.

lución de litigios en línea en materia de consumo (en adelante, RLL⁴⁷), la Plataforma Europea ODR (*Online Dispute Resolution*⁴⁸)⁴⁹.

Desde su creación en 2016, la Plataforma Europea ODR ha funcionado como una infraestructura digital multilingüe, ofreciendo una ventanilla única para la resolución extrajudicial de litigios transfronterizos de consumo en línea⁵⁰. Conectada a entidades de resolución alternativa de litigios (RAL) notificadas por los Estados miembros a la Comisión Europea⁵¹, la Plataforma permite que los consumidores y comerciantes resuelvan disputas mediante un proceso que cumple con los requisitos establecidos por la Directiva RAL. Sin embargo, a pesar de su diseño y las expectativas iniciales, la Plataforma no ha logrado cumplir con su propósito⁵². Según el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, aunque registra un número elevado de visitas, solo resuelve un promedio de 200 casos por entidad RAL al año, lo que no justifica los costes de su mantenimiento ni el esfuerzo requerido para cumplir con las obligaciones impuestas por el Reglamento RLL⁵³. Las principales razones de este fracaso son dos: en primer lugar,

47 *DOUE*, L 165, de 18 de junio de 2013. Este Reglamento se adoptó con el único fin de establecer la Plataforma Europea de resolución de litigios en línea, por medio de la cual los consumidores y los comerciantes pudieran someter sus litigios sobre compras en línea a entidades de resolución alternativa, siempre que estas observen los principios establecidos en la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (*DOUE*, L 165, de 18 de junio de 2013) –en adelante DRAL–.

48 Sobre esta, véase ESTEBAN DE LA ROSA, F., “¿Quo vadis plataforma europea de resolución en línea de litigios de consumo?: Nuevos pasos en la instauración de un acceso universal digital a la justicia alternativa de consumo en Europa”, en MOREO CORDERO, G. y OLARIU, O. (coords.), ESTEBAN DE LA ROSA, F. (dir.), *Justicia digital, mercado y resolución de litigios de consumo: Innovación en el diseño de acceso a la justicia*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 35-60.

49 Por otra parte, no hay que olvidar que las propias empresas han establecido plataformas ODR para resolver disputas que surjan con sus clientes o usuarios. En este sentido, cabe destacar que eBay, sitio destinado a la subasta y comercio electrónico de productos a través de Internet, fue pionera al implementar dos formas de ODR para solucionar las posibles disputas que podían surgir entre sus usuarios: la negociación online estructurada, sin terceros en la resolución del conflicto, y el proceso de adjudicación online, dirigido por el personal de eBay, que finaliza con un resultado contractual vinculante. Para ambas formas de resolución de conflictos, eBay puso en funcionamiento una plataforma de ODR, denominada Centro de Resolución. Al respecto, véase BONACHERA VILLEGAS, R., “Pasado, Presente y futuro de los modelos ODR: en el ámbito internacional y europeo”, *Práctica de Tribunales*, núm. 65, 2023, pp. 1-22, p. 10.

50 Disponible en: <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/index.cfm?event=main.home2.show&lng=ES>.

51 Disponible en: <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/index.cfm?event=main.home2.show&lng=ES>

52 MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., “Contratación electrónica y reclamaciones de consumo. La plataforma europea de resolución de litigios en línea”, en PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, F.J. (dir.), *ADR, ODR y justicia del futuro. Propuestas y medidas que eviten la judicialización de conflictos*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, pp. 425– 451.

53 En aproximadamente el 80% de las reclamaciones presentadas en la Plataforma Europea ODR, el asunto se archivó automáticamente después de 30 días debido a la falta de respuesta del comerciante, tanto a la notificación del litigio como a la invitación a seleccionar una entidad de resolución alternativa de litigios (RAL). Solo en un 2% de los casos las partes eligieron una entidad de RAL. En cambio, hasta el 42% de los litigios fueron resueltos bilateralmente por las partes sin intervención de la plataforma. Véase el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social europeo sobre la aplicación de la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, y del Reglamento (UE) núm. 524/2013 del Parlamento Europeo y del

la Plataforma actúa únicamente como canalizador de los litigios hacia las entidades RAL⁵⁴, y, en segundo lugar, no ha establecido una coordinación efectiva entre los distintos mecanismos de resolución de controversias en el ámbito del derecho de consumo, como el PEEC, que sí satisface mejor las necesidades de los consumidores transfronterizos⁵⁵.

Por ello, el 17 de octubre de 2023, la Comisión Europea adoptó una Propuesta legislativa destinada a revisar el marco de la resolución alternativa de litigios (RAL)⁵⁶. Esta Propuesta tiene como objetivo modificar la actual Directiva RAL, establecer recomendaciones para mercados en línea, asociaciones comerciales de la UE con mecanismos de resolución de litigios y Estados miembros, y derogar el Reglamento sobre RLL⁵⁷. Además, dado que al menos dos de cada cinco transacciones en línea realizadas por consumidores de la UE implican a comerciantes de terceros países, con la Propuesta de reforma el legislador amplía su ámbito de aplicación para permitir que estos comerciantes participen en procedimientos de RAL. Lo que facilitará el acceso de los consumidores de la UE a mecanismos extrajudiciales de resolución de disputas⁵⁸.

El legislador europeo busca reemplazar la actual Plataforma Europea ODR por herramientas digitales más accesibles, promoviendo la digitalización de las entidades de RAL como el siguiente paso tras el fracaso de la plataforma actual. Las plataformas tecnológicas para la reso-

Consejo, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo Bruselas, [25 de septiembre de 2019 COM (2019) 425 final, p. 19].

54 Informe de la Comisión..., *cit.*, p. 15.

55 VOS, G., “The Relationship between Formal and Informal Justice: The Courts and Alternative Dispute Resolution (ADR)”, *The Implementation of the mediation Directive* 29 November de 2016. disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses>, pp. 31-42.

56 El Parlamento aprobó en primera lectura tales Propuestas. Disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20240308IPR19019/modernised-out-of-court-consumer-redress-rules-adopted-by-parliament>

57 [Bruselas, 17 de octubre de 2023. COM (2023) 649 final 2023/0376 (COD)]. Con la reforma propuesta, el legislador europeo busca adaptar el marco de resolución alternativa de litigios (RAL) a los mercados digitales, abarcando una amplia gama de derechos de los consumidores de la UE, incluidos aquellos no explicitados en los contratos o que se refieren a fases precontractuales. El objetivo es mejorar el uso de la RAL en litigios transfronterizos mediante una asistencia más personalizada tanto a consumidores como a comerciantes, simplificar los procedimientos para reducir las obligaciones de presentación de información y fomentar una mayor participación de los comerciantes en el proceso de RAL, introduciendo la obligación de responder a las solicitudes de las entidades de resolución alternativa. Para alcanzar estos objetivos, la reforma propone: aclarar y ampliar los ámbitos material y territorial de la Directiva RAL, exigir a los comerciantes que respondan a las peticiones de las entidades de resolución alternativa, independientemente de su participación en el procedimiento, y asignar a los Centros Europeos del Consumidor una nueva función de apoyo y orientación en litigios transfronterizos.

58 A tales efectos, el art. 1.2º de la Propuesta propone modificar el art. 4 e) y f) de la Directiva RAL en el siguiente sentido: “En el art. 4.1º, las letras e) y f) se sustituyen por el texto siguiente: e) “*litigio nacional*”: todo litigio entre un consumidor y un comerciante relacionado con obligaciones contractuales y/o derechos de los consumidores contemplados en la normativa de la Unión a que se refiere el art. 2.1º, en el que el consumidor tenga su residencia en el mismo Estado miembro en el que esté establecido el comerciante; f) “*litigio transfronterizo*”: todo litigio entre un consumidor y un comerciante relacionado con obligaciones contractuales y/o derechos de los consumidores contemplados en los actos de la Unión a que se refiere el art. 2.1º, en el que el consumidor tenga su residencia en un Estado miembro distinto del Estado miembro en el que esté establecido el comerciante o en el que el consumidor tenga su residencia en un Estado miembro y el comerciante esté establecido fuera de la Unión”.

lución de litigios de consumo tienen un gran potencial para mejorar la eficiencia y beneficiar a los ciudadanos. Sin embargo, su implementación debe cumplir con principios de legalidad y protección de los usuarios en el entorno digital. La digitalización de los sistemas ADR mediante plataformas ODR debe llevarse a cabo de manera que se aseguren altos estándares de calidad, respetando la normativa vigente, adaptando los procedimientos a las herramientas tecnológicas disponibles y garantizando la protección de los usuarios. En este sentido, se deben abordar desafíos como la brecha digital, a igualdad de género, la protección de datos y las necesidades específicas de los usuarios. El futuro de la resolución alternativa de litigios debería centrarse en el desarrollo de sistemas accesibles digitalmente, que ofrezcan información legal adecuada y sean fáciles de usar en cualquier tipo de dispositivo.

IV. LA IMPLANTACIÓN: LA DIGITALIZACIÓN DE LA NOTIFICACIÓN Y LA OBTENCIÓN DE PRUEBAS TRANSFRONTERIZAS

1. El sistema informático descentralizado europeo y la plataforma e-Codex

El legislador europeo ha previsto la creación de un sistema informático descentralizado europeo como herramienta de comunicación entre autoridades judiciales para obtener pruebas (art. 4 Reg. 2020/1783⁵⁹) y notificar documentos judiciales en el extranjero (art. 5 Reg. 2020/1784). Este sistema busca garantizar la interoperabilidad plena de las comunicaciones entre las autoridades competentes, facilitando la transmisión electrónica de documentos entre los Estados miembros⁶⁰. Aunque se hace referencia al sistema e-Codex (*e-Justicia Comunicación vía Online Data Exchange*⁶¹) para su implementación, su uso no es obligatorio.

El sistema e-Codex es la herramienta clave de la UE para el intercambio electrónico transfronterizo de datos, siendo fundamental para la cooperación digital en materia civil⁶². Su

59 SIGNORIN, S. “La digitalizzazione della cooperazione giudiziaria in materia civile e commerciale nell’Unione europea: L’assunzione transfrontaliera delle prove nel prisma della piattaforma informatica decentrata e-CODEX”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2024, Vol. 16, núm. 1, pp. 603-620, pp. 610-612.

60 MARCHAL ESCALONA, N., “La notificación electrónica...”, *loc.cit.*, pp. 743-744.

61 Sobre este véase MANKO, R., “Computerised system for communication in cross-border judicial proceedings (e-CODEX)”, EPRS, European Parliament (2021), disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI\(2021\)690667](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI(2021)690667); VELICOGNA, M., “Coming to Terms with Complexity Overload in Transborder e-Justice: The e-Codex Platform”, en CONTINI F., y FRANCESCO LANZARA, G. (eds.), *The Circulation of Agency in E-Justice: Interoperability and Infrastructures for European Transborder Judicial Proceedings*, Springer, Dordrecht-Heidelberg-New York-London, 2014, pp. 309-330. Actualmente, de su gestión se ocupa la Agencia de la Unión Europea para la Gestión Operativa de Sistemas Informáticos de Gran Magnitud en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (en adelante, Agencia Europea eu-LISA). La Agencia eu-LISA es la responsable de la gestión del sistema e-Codex. Creada en 2001 mediante el Reglamento (UE) 1077/2011 (DOUE, L 286, 1 de noviembre de 2021), comenzó sus actividades el 1 de diciembre de 2012. La gestión de eu-LISA asegura altos estándares de seguridad y eficiencia, fundamentales para fomentar la confianza en el uso de herramientas digitales en el ámbito judicial. Este enfoque no solo beneficia a las instituciones, sino que también mejora el acceso de los ciudadanos a la justicia en situaciones transfronterizas.

62 Véase AGUILERA MORALES, M., “La cooperación judicial civil en la Unión Europea: el llamado principio Digital by Default”, en MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M.^a y PLAZA PENADÉS, J. (dirs.), *Retos*

objetivo principal es mejorar la eficiencia de la comunicación entre autoridades judiciales, aunque se está ampliando a otras áreas⁶³. Este sistema está regulado por el Reglamento (UE) 2022/850, que establece un sistema informatizado para el intercambio de datos en el ámbito de la cooperación judicial civil y penal, modificando el Reglamento (UE) 2018/1726 (en adelante, Reglamento e-Codex)⁶⁴. Con este Reglamento se “comunitariza” el e-Codex, integrándolo formalmente en la legislación de la UE, y lo hace vinculante para todos los Estados miembros, excepto Dinamarca, que no está sujeto a su aplicación. Por ello, debe ser bien recibido el Reglamento de Ejecución (UE) 2024/1570, adoptado el 4 de junio de 2024⁶⁵. Este Reglamento tiene como objetivo asegurar la continuidad de la cooperación en materia de notificación derivada de convenios internacionales entre la UE y Dinamarca, país no vinculado por el Reg. 2020/1784. Para ello, establece que Dinamarca podrá participar en el sistema informático descentralizado a través del e-Codex siempre que incorpore a su legislación nacional los preceptos clave del Reglamento e-Codex (art. 8, 9, 11. 3º, 4º y 6º, 12, 14, 15. 1º y 3º, y 20).

Para el funcionamiento de este sistema de comunicación entre autoridades competentes, los Estados miembros deben contar con un programa informático que será desarrollado por la Comisión (“programa informático de aplicación por referencia”), en lugar de un sistema informático nacional. Este programa debe cumplir con altos estándares de accesibilidad, ciberseguridad y protección de datos, y ser compatible con la infraestructura nacional de cada país.

A pesar de ser un avance significativo hacia la digitalización de la justicia en Europa, el sistema informático descentralizado enfrenta varios desafíos, como la necesidad de asegurar la compatibilidad entre los sistemas judiciales nacionales, lo que exige apoyo técnico y financiero para los países con infraestructuras digitales menos desarrolladas. Además, se requiere un diseño flexible y escalable para adaptarse a futuros avances tecnológicos, junto con un plan de mantenimiento a largo plazo. Aunque el sistema busca ser seguro, persisten preocupaciones sobre su vulnerabilidad a ciberataques. La implementación exitosa de este sistema no solo depende de la inversión tecnológica, sino también de la formación adecuada de jueces y personal judicial para garantizar su uso eficiente, lo que requerirá un esfuerzo coordinado a nivel técnico y organizativo. Ello explica que todavía no esté en funcionamiento. Según lo estipulado en el artículo 37.2º del Reglamento 2020/1784⁶⁶, este sistema entrará en vigor a partir del primer día del mes siguiente al período de tres años después de la entrada en vigor del Reglamento de Ejecución relacionado. Por lo tanto, de acuerdo con el Reglamento de Ejecución núm. 2022/423 de 14 de marzo de 2022, el

normativos del Mercado Único Digital Europeo, Tirant lo Blanch, Valencia 2022, pp. 24-48, pp. 31-35.

63 ESTEBAN DE LA ROSA, F. et ALIA, *Justicia Digital...*, op. cit., p. 50.

64 *DOUE*, L 295, de 21 de noviembre de 2018.

65 *DOUE*, L 1570, 5 de junio de 2024.

66 Reglamento de Ejecución (UE) 2022/423 de la Comisión de 14 de marzo de 2022 por el que se establecen las especificaciones técnicas, las medidas y otros requisitos para la implementación del sistema informático descentralizado a que se refiere el Reglamento (UE) 2020/1784 del Parlamento Europeo (*DOUE*, L 87, de 15 de marzo de 2022).

sistema descentralizado informático se aplicará oficialmente el 1 de mayo de 2025⁶⁷. En esta misma línea, pero en relación con el Reg. 2020/1783, se pronuncia el Reglamento de Ejecución (UE) 2022/422⁶⁸.

El sistema informático descentralizado representa un avance clave hacia una justicia más moderna, accesible y eficiente en Europa. No obstante, su impacto final aún no está claro. Se espera que se convierta en una herramienta esencial para fomentar la confianza en el mercado único y motivar a los sistemas judiciales nacionales a incorporar nuevas tecnologías. Para maximizar su efectividad, es crucial que los Estados miembros asignen recursos adecuados para mejorar las competencias digitales de los funcionarios judiciales, de manera que la falta de habilidades tecnológicas no se convierta en un obstáculo para el uso del sistema. Sin duda alguna uno de los mayores retos será asegurar que los sistemas judiciales nacionales sean compatibles y puedan comunicarse de manera eficiente, manteniendo altos estándares de seguridad y eficiencia. Cualquier fallo en el acceso o funcionalidad del sistema podría generar retrasos, como la no recepción de notificaciones o la pérdida de comunicación, lo que en sistemas judiciales con plazos estrictos podría afectar negativamente a las partes implicadas, especialmente si no se notifican a tiempo los plazos de apelación o las decisiones judiciales. Para que el sistema tenga éxito, es fundamental una cooperación continua entre los Estados miembros, el fortalecimiento de la infraestructura digital y un enfoque en la formación continua de los operadores judiciales, garantizando así la plena operatividad y efectividad del sistema en beneficio del acceso a la justicia.

2. El principio “digital y default” y el principio de “equivalencia funcional”

Sin duda, la clave para garantizar el éxito y la efectiva implantación del sistema informático descentralizado entre los Estados miembros radica en la proclamación de dos principios fundamentales en el marco normativo europeo: el principio “digital y default” y el de “equivalencia funcional”.

En virtud del primero, el sistema informático descentralizado, una vez operativo, será de uso obligatorio y preferente frente a cualquier otra vía de comunicación existente entre las autoridades competentes. Este principio establece una jerarquía entre las distintas vías de notificación previstas en el Reg. 2020/1784, convirtiéndolo en el canal preferente, excluyente y obligatorio dentro de la UE. Esta nueva jerarquía modifica la doctrina previamente adoptada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), que consideraba todos

67 Es cierto que este Reglamento, como se ha apuntado, ha sido modificado posteriormente por el Reglamento de Ejecución (UE) 2024/1570. No obstante, dicha modificación no afecta en modo alguno a la fecha de su aplicación (Considerando Reglamento 2020/1570).

68 Reglamento de Ejecución (UE) 2022/422 de la Comisión, de 14 de marzo de 2022, por el que se establecen las especificaciones técnicas, las medidas y otros requisitos para la implementación del sistema informático descentralizado a que se refiere el Reglamento (UE) 2020/1783 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE, L 87, de 15 de marzo de 2022).

los medios de comunicación como alternativos y sin jerarquía⁶⁹. Sin embargo, el legislador europeo también reconoce que, en situaciones excepcionales, como la interrupción del sistema o cuando se deban transmitir documentos específicos, se podrá recurrir a otros métodos de comunicación⁷⁰.

Por otro lado, para asegurar la operatividad y el éxito del sistema informático descentralizado, el legislador ha establecido también el principio de “equivalencia funcional”⁷¹. Este principio constituye un concepto clave en el ámbito del Derecho europeo y de la digitalización de los servicios judiciales, particularmente en el contexto de la interoperabilidad electrónica y la cooperación judicial transfronteriza. Busca asegurar que los documentos o actos realizados de manera electrónica tengan el mismo valor y efectos legales que aquellos realizados en formatos tradicionales en papel, siempre que se cumplan ciertos requisitos de seguridad, autenticidad y fiabilidad. Esto es, a partir de este principio, se presume que existe una equivalencia funcional entre los documentos transmitidos por medios electrónicos y los documentos tradicionales. Así, la eficacia y el valor jurídico de los documentos electrónicos son similares a los de los documentos en papel, sin perjuicio de la valoración de los efectos jurídicos de dichos documentos o de su admisibilidad como prueba, de conformidad con el Derecho nacional. La vigencia de este principio en la justicia digital europea prohíbe denegar efectos jurídicos a los documentos transmitidos a través de canales electrónicos, así como considerarlos inadmisibles como prueba en procedimientos judiciales solo por estar en formato electrónico⁷².

3. Otras concesiones a la digitalización

Las previsiones sobre digitalización en los Reg. 2020/1783 y 2020/1784 van más allá de la creación del sistema informático descentralizado. Ambos Reglamentos contienen disposiciones adicionales que buscan facilitar la digitalización de los procesos transfronterizos en la UE, lo que constituye un avance significativo hacia la modernización de la cooperación judicial en el espacio judicial europeo. Desde el 1 de julio de 2022, los Estados miembros tienen la posibilidad de notificar directamente documentos judiciales a los destinatarios por medios electrónicos, de acuerdo con el artículo 19 del Reg. 2020/1784. Además, el Reg. 2020/1783 introduce la posibilidad de utilizar tecnologías de telecomunicación, como la videoconferencia, para la obtención de pruebas en procedimientos judiciales transfronterizos.

69 Véase Sentencia del TJUE de 9 de febrero de 2006, *Plumex v. Young Sports*, C-473-04, ECLI:EU:C:2006:96.

70 Considerandos 12 del Reg. 2020/1783 y 15 del Reg. 2020/1784.

71 Véase BURKHARD, H., “Article 6. Legal effects of electronic documents”, en ANTHIMOS, A. y REQUEJO ISIDRO, M., *The European Service Regulation. A commentary*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2023, pp. 76-78; PALAO MORENO, G., “El Reglamento (UE) núm. 2020/1784 y su contribución al impulso de la digitalización de la cooperación judicial en materia civil y mercantil en la Unión Europea”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2024, 21, pp. 190-223, p. 212.

72 Art. 8 Reg. 2020/1783 y art. 6 del Reg. 2020/1784.

A) LA NOTIFICACIÓN VÍA ELECTRÓNICA A LA DIRECCIÓN DEL DESTINATARIO

Uno de los mayores logros del marco normativo europeo para la digitalización de la justicia ha sido la regulación de la notificación judicial directa al destinatario por medios digitales entre los Estados miembros (art. 19 Reg. 2020/1784). Esta medida representa un paso significativo hacia la modernización de los procedimientos judiciales transfronterizos, al permitir una notificación más rápida y eficiente en comparación con los métodos tradicionales, como la notificación postal o consular. La viabilidad de esta notificación digital se ve respaldada por la legislación europea complementaria, en particular por el Reglamento e-IDAS, que establece las condiciones para la autenticación electrónica de las partes en el proceso, y por la normativa europea sobre protección de datos, que asegura la seguridad y privacidad de la información del destinatario de la notificación. Si bien estas disposiciones permiten que las notificaciones judiciales electrónicas sean viables y seguras, su implementación efectiva sigue siendo un desafío. A pesar de contar con un marco normativo robusto, es fundamental que los Estados miembros cuenten con la infraestructura digital adecuada.

La notificación electrónica se trata de un canal de comunicación de sobra conocido en alguno de los sistemas procesales estatales de la UE⁷³. Esta novedosa forma de notificación, operativa desde el 1 de julio de 2022, constituye el máximo exponente de agilidad y celeridad para transmitir notificaciones transfronterizas. Concita la inmediatez que proporciona el medio electrónico con el carácter directo que se predica de la misma, toda vez que los protagonistas de la notificación lo son tanto la autoridad judicial que remite la notificación a otro Estado miembro de la UE como el destinatario que la recibe. Por su rapidez resulta, *a priori*, una vía de notificación cuya utilización es aconsejable. No obstante, su viabilidad plantea el reto de garantizar las más elementales exigencias de justicia. El uso de este medio presenta una serie de debilidades ligadas, en parte, al funcionamiento del correo electrónico, lo que aconseja su exclusión para la práctica de notificaciones judiciales y, sobre todo, para la notificación del primer emplazamiento. En tales casos, la afectación de este derecho puede ser innegable, dado que puede dificultar que el demandado tenga conocimiento del inicio del proceso, impidiendo su ejercicio de forma efectiva. A pesar de ello, el legislador europeo no ha limitado el uso de esta vía para la notificación del escrito que inicia el proceso. Es consciente de que, si bien la pandemia de COVID-19 aceleró el uso de herramientas digitales en todos los Estados miembros, el nivel de desarrollo digital no ha sido igual en todos ellos⁷⁴. Su intención ha sido facilitar la utilización de medios electrónicos, incluso para la notificación del primer emplazamiento, si dicha posibilidad se contempla en la normativa procesal estatal. Así, este precepto solo da cobertura jurídica a aquellas prácticas que existen a nivel nacional, como sucede en el derecho italiano (art. 149 del Código de Procedimiento italiano⁷⁵). No obstante, dado el bajo nivel de seguridad

73 GASCÓN INCHAUSTI, F., “Electronic service of documents. National and international aspects”, en KENGYEL, M. y NEMESSÁNYI Z. (eds.) *Electronic Technology and Civil Procedure: new paths to justice form around the world*, Springer, Dordrecht-Heidelberg-New York-London, 2012, pp. 137-180.

74 Esto se observa claramente en el *EU Justice Scoreboard* Disponible en: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/eu-justice-scoreboard_en.

75 https://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaArticolo?art.progressivo=0&art.idArticolo=149&art.versione=3&art.codiceRedazionale=040U1443&art.dataPubblicazioneGazzetta=1940-10-28&art.idGruppo=21&art.idSottoArticolo.

que ofrece este medio de comunicación, el legislador europeo debería haber adoptado una regulación mucho más garantista. Podría haber optado por un enfoque multicanal, en el que las notificaciones electrónicas se complementarían con otros medios de comunicación, como el correo postal. Esta solución híbrida garantizaría que aquellos que no tienen acceso a internet reciban igualmente la notificación. De hecho, hay quienes propugnan que, dada la afectación que puede tener sobre la tutela judicial efectiva, el correo electrónico se utilice, con carácter general, únicamente como medio para el envío de avisos⁷⁶. Los avisos son herramientas clave para mejorar la comunicación y garantizar la seguridad.

La notificación judicial electrónica directa al destinatario domiciliado en otro Estado miembro está sujeta al cumplimiento de una serie de requisitos⁷⁷.

El primer requisito que el Reg. 2020/1784 establece es que la notificación judicial electrónica transfronteriza debe realizarse mediante un medio electrónico que esté disponible en el Estado miembro del foro, esto es, en el país donde se desarrolla el procedimiento. A pesar de los avances hacia la digitalización, el Reglamento no se crea un régimen procesal europeo común completo. La normativa europea armoniza parcialmente la práctica de la notificación electrónica en el ámbito judicial, respetando las normativas procesales vigentes en los distintos Estados miembros, las cuales continúan siendo aplicables para determinar si un documento puede ser notificado electrónicamente y qué medios deben emplearse. Además, corresponde al Estado miembro de residencia del destinatario garantizar la seguridad de la transmisión y establecer las condiciones bajo las cuales acepta la notificación por medios digitales, conforme al artículo 19. 2º b) del Reglamento.

El art. 19 Reg. 2020/1784 no prohíbe el uso de medio electrónico alguno. Lo único que exige es que dicho medio sea admitido en el Estado miembro donde se desarrolla el proceso. De esta forma, el legislador europeo habilita la notificación a través de cualquier otro cauce electrónico, siempre que este resulte operativo en el foro, lo que abre la puerta a la notificación vía SMS⁷⁸, redes sociales⁷⁹, fax, etc. Para saber qué medios se admiten en cada Estado hay que consultar las diferentes declaraciones realizadas por los distintos Estados miembros sobre la aplicación del Reglamento en su territorio. Su análisis evidencia que hay Estados donde no se admite a nivel internacional la notificación judicial electrónica, como ocurre en Irlanda⁸⁰,

76 Para un análisis en profundidad de esta cuestión y posibles alternativas, véase ESTEBAN DE LA ROSA, F. et ALIA, “Justicia digital...”, *op.cit.*, pp. 42-43.

77 Para un análisis más exhaustivo, véase MARCHAL ESCALONA, N., “La notificación electrónica...”, *loc.cit.*, pp. 748-751.

78 Este medio de notificación está siendo utilizado por los Internet Courts en las ciudades de Hangzhou, Beijing y Guangzhou (XUHUI, F., “Recent Development of Internet Courts in China”, *International Journal Online dispute Resolution*, 5, 2018, pp. 49-55). Por su parte, en Arabia Saudí las mujeres son notificadas vía SMS sobre el cambio de su nuevo estado civil tras ser repudiadas por su marido. Disponible en: <https://www.elmundo.es/internacional/2019/01/08/5c33483bfdddff51a28b461f.html>.

79 Así, *v.gr.*, en *Baidoo v. BloodDzraku* (5 N.Y.S.3d 309 (N.Y. Sup. Ct. 2015) disponible en: <https://www.casebriefs.com/blog/law/civil-procedure/civil-procedure-keyed-to-glannon/baidoo-v-blood-dzraku/> y en *FTC v. PCcare247, Inc.* (2013). <https://www.casemine.com/judgement/us/5914bfdadd7b049349b0f3e>.

80 Disponible en: https://e-justice.europa.eu/38580/ES/serving_documents_recast?IRELAND&member=1.

Croacia⁸¹, Polonia⁸², Rumanía⁸³, Letonia⁸⁴, Luxemburgo⁸⁵, Malta⁸⁶, Portugal⁸⁷, Suecia⁸⁸, Finlandia⁸⁹ e, incluso, en España, donde esta vía si resulta operativa a nivel nacional (art. 103.24^o del Real Decreto-Ley 6/2023⁹⁰)⁹¹. Esto significa que las autoridades judiciales españolas no podrán remitir a destinatarios domiciliados en el extranjero documentos judiciales a través de esta vía, pero tampoco deberán cumplir requisito adicional alguno aquellas notificaciones que procedan de otros Estados miembros *ex art. 19. 1^o b*).

En algunos Estados miembros de la UE, como es el caso de Chequia⁹², Hungría⁹³, Holanda⁹⁴, Bélgica⁹⁵, Francia⁹⁶ y Alemania⁹⁷, se permite exclusivamente el uso del correo electrónico para la notificación judicial electrónica. Sin embargo, otros países, como Eslovaquia, restringen su uso, permitiendo la notificación electrónica en general, pero excluyendo documentos cuya entrega requiera un acto personal de notificación⁹⁸. Esta diversidad en la aceptación y alcance de la notificación electrónica refleja la falta de un régimen procesal europeo común completamente armonizado.

A tenor de lo expuesto cabe afirmar que, en la actualidad, el único medio electrónico aceptado de manera uniforme para la notificación judicial directa en la UE es el correo electrónico, salvo en Alemania, donde también se permite el uso del fax para ciertos profesionales de confianza. Otros medios electrónicos, como las redes sociales, no son viables debido a la falta de garantías sobre su autenticidad e integridad, elementos esenciales para cumplir con los requisitos de seguridad y el derecho a la tutela judicial efectiva. Esta restricción responde a la necesidad de asegurar la fiabilidad de los medios utilizados para la notificación judicial⁹⁹.

-
- 81 Disponible en: https://e-justice.europa.eu/38580/ES/serving_documents_recast?CROATIA&member=1.
- 82 Disponible en: https://e-justice.europa.eu/38580/ES/serving_documents_recast?POLAND&member=1.
- 83 Disponible en: https://e-justice.europa.eu/38580/ES/serving_documents_recast?ROMANIA&member=1.
- 84 Disponible en: https://e-justice.europa.eu/38580/ES/serving_documents_recast?LATVIA&member=1.
- 85 Disponible en: https://e-justice.europa.eu/38580/ES/serving_documents_recast?LUXEMBOURG&member=1.
- 86 Disponible en: https://e-justice.europa.eu/38580/ES/serving_documents_recast?MALTA&member=1.
- 87 Disponible en: https://e-justice.europa.eu/38580/ES/serving_documents_recast?PORTUGAL&member=1.
- 88 Disponible en: https://e-justice.europa.eu/38580/EN/serving_documents_recast?SWEDEN&member=1.
- 89 Disponible en: https://e-justice.europa.eu/38580/ES/serving_documents_recast?FINLAND&member=1.
- 90 *BOE* núm. 303, de 20 de diciembre de 2023.
- 91 Disponible en: https://e-justice.europa.eu/38580/ES/serving_documents_recast?SPAIN&member=1.
- 92 Disponible en: https://e-justice.europa.eu/39433/ES/service_of_documents_official_transmission_of_legal_documents?CZECHIA&member=1.
- 93 Disponible en: https://e-justice.europa.eu/39433/ES/service_of_documents_official_transmission_of_legal_documents?HUNGARY&member=1.
- 94 Disponible en: https://e-justice.europa.eu/39433/ES/service_of_documents_official_transmission_of_legal_documents?NETHERLANDS&member=1.
- 95 Disponible en: https://e-justice.europa.eu/38580/ES/serving_documents_recast?BELGIUM&member=1.
- 96 Disponible en: https://e-justice.europa.eu/38580/ES/serving_documents_recast?FRANCE&member=1.
- 97 Disponible en: https://e-justice.europa.eu/39433/ES/service_of_documents_official_transmission_of_legal_documents?GERMANY&member=1.
- 98 Disponible en: https://e-justice.europa.eu/39433/ES/service_of_documents_official_transmission_of_legal_documents?GERMANY&member=1.
- 99 VILLAMARÍN LÓPEZ, M^a.L., ‘Influencia de los estándares europeos en el régimen procesal español de notificaciones, en GASCÓN INCHAUSTI F., y PEITEADO MARISCAL P. (dirs.), *Estándares europeos y proceso civil. Hacia un proceso civil convergente con Europa*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 213-214.

El segundo requisito es que la notificación se remita a la dirección —de correo electrónico— del destinatario, la cual debe ser conocida. A tenor del artículo 19 del Reglamento 2020/1784, cabe entender que es el propio destinatario quien debe proporcionar dicho dato, puesto que la utilización de medios electrónicos está condicionada a la existencia de un consentimiento previo —sea expreso o general— del destinatario. No sería válida, por tanto, la notificación realizada a la dirección electrónica habilitada para aquellos que, según la normativa nacional, estén obligados a relacionarse de forma electrónica con la Administración de Justicia, como sucede en el derecho español (art. 32 del Real Decreto-Ley 6/2023), ya que el consentimiento legitima esta vía de notificación.

De hecho, el tercer requisito es que el destinatario debe prestar su consentimiento. Para que la notificación electrónica sea válida, es imprescindible que el destinatario preste su consentimiento expreso, libre y voluntario. Este consentimiento es un requisito fundamental, que debe adaptarse a los sistemas procesales nacionales, como en el derecho español, donde la notificación electrónica es obligatoria para ciertos sujetos. Según el artículo 19 del Reglamento de notificaciones, dicho consentimiento puede otorgarse de dos formas: a) bien de forma general para la notificación de documentos en el marco de diferentes procedimientos judiciales, en cuyo caso los documentos deben enviarse y recibirse por medios electrónicos mediante servicios cualificados de entrega electrónica certificada, según el Reglamento eIDAS [art. 19.1º a)]; o b) para un procedimiento concreto, sin la necesidad de utilizar servicios cualificados de entrega electrónica, siempre que se reciba prueba de la recepción del documento, que puede ser confirmada por el destinatario mediante un acuse de recibo firmado electrónicamente¹⁰⁰ o mediante el envío de un correo electrónico desde la dirección proporcionada por el destinatario [art. 19.1º b)]. En este segundo caso, los Estados miembros pueden imponer condiciones adicionales para garantizar la seguridad de la transmisión, como ha hecho Estonia¹⁰¹.

El consentimiento del destinatario, ya sea general o particular, es esencial para garantizar la compatibilidad con los principios fundamentales de justicia. Sin embargo, cuando el consentimiento es otorgado de manera general, aumenta el riesgo de indefensión, pues se exige una diligencia excesiva del destinatario, sin considerar posibles fallos técnicos en los sistemas de correo electrónico¹⁰². La exigencia de este requisito pone de manifiesto el compromiso del legislador europeo por establecer una vía de notificación centrada en el ser humano. No obstante, su regulación es insuficiente, ya que no garantiza que el destinatario sea plenamente consciente de las implicaciones de la notificación electrónica, lo que podría afectar su derecho de defensa. Por ello, el legislador europeo debería haber establecido una regulación más detallada, asegurando que el consentimiento solo sea válido si se otorga tras una información clara en una lengua comprensible para él, y garantizando que el destinatario sea debidamente informado cada vez que se recurra a esta vía de notificación¹⁰³.

Por último, se exige que la notificación proporcione altos niveles de autenticidad, exactitud y fiabilidad. Debe dejar constancia fehaciente de su transmisión y recepción, así como de la

100 Considerando 33 Reg. 2020/1784.

101 Disponible en: https://e-justice.europa.eu/38580/ES/serving_documents_recast?ESTONIA&member=1.

102 ESTEBAN DE LA ROSA, F. et ALIA, *Justicia Digital...*, *op.cit.*, p. 40.

103 MARCHAL ESCALONA, N., “La notificación electrónica...”, *loc.cit.*, pp. 751-753.

integridad de su contenido e identidad de las partes. Por ello, para generar confianza en el sistema, es fundamental que la digitalización de la notificación conlleve el uso de sistemas de autenticación seguros¹⁰⁴. A tales efectos, el art. 19. 1º a) exige que este cauce quede sujeto al marco jurídico general del Reglamento e-IDAS. No obstante, tal exigencia se mitiga cuando el destinatario presta su consentimiento para un procedimiento específico, puesto que, en tales casos, según el art. 19.1º b) Reg. 2020/1784, solo se exige que el destinatario expida el correspondiente acuse de recibo en el que conste la fecha de la recepción efectiva de la notificación. Además, de cumplir, en su caso, las exigencias que los Estados miembros hayan decidido imponer para su recepción a este tipo de notificaciones.

A pesa del avance que representa esta vía de notificación, debe valorarse con cautela, ya que su efectividad depende de la normativa procesal de cada Estado miembro. Además, el principio “*digital by default*” podría relegarla a un segundo plano cuando el sistema informático descentralizado esté plenamente operativo.

B) EL USO DE LA VIDEOCONFERENCIA EN LA OBTENCIÓN DE PRUEBAS

La obtención de pruebas por videoconferencia es un mecanismo cada vez más utilizado en el ámbito judicial, especialmente en procesos transfronterizos, para facilitar la recogida de testimonios y la presentación de pruebas sin la necesidad de la presencia física de los involucrados. Concilia intermediación judicial y rapidez.

De hecho, la posibilidad de facilitar la práctica de pruebas a través de herramientas tecnológicas representa un hito fundamental del Reg. 2020/1783¹⁰⁵. En concreto, este Reglamento prevé dos contextos en los que puede emplearse la videoconferencia para la obtención y práctica de pruebas en otro Estado miembro: la obtención de pruebas por el órgano jurisdiccional requerido (arts. 12 a 18) y la obtención directa de pruebas por el órgano jurisdiccional requirente (arts. 19-20).

Según el art. 12.4º, el órgano jurisdiccional requirente podrá solicitar al órgano jurisdiccional requerido que utilice una tecnología de telecomunicaciones específica en la obtención de pruebas, en particular la videoconferencia y la teleconferencia. El órgano jurisdiccional requerido tiene la obligación de utilizar dicha tecnología, a menos que su uso sea incompatible con el Derecho nacional¹⁰⁶ o que no pueda implementarla debido a grandes dificultades prácticas.

104 Véase el documento Modernización de los sistemas judiciales en la UE. Preguntas y respuestas, disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/qanda_20_2247.

105 El Reg. 1206/2001 contemplaba la obtención directa de pruebas por el órgano requirente, pero tenía que ser a través de un miembro del personal judicial o de cualquier otra persona, como, por ejemplo, un experto, designados con arreglo al Derecho del Estado miembro del órgano jurisdiccional requirente. Para un análisis del mismo, véase DIAGO DIAGO, Mª.P., *La obtención de pruebas en la Unión Europea*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003. Sin embargo, esta regulación no asumía la posibilidad de conexión mediante videoconferencia. Lo que sí contemplaba era la posible exploración directa del interrogado residente en otro Estado por el órgano requirente, pero se trataba de su presencia física, como así reconoció el TJUE en la Sentencia dictada el 6 de septiembre de 2012, *Lippens v Kortekaas*, C-170/11, ECLI:EU:C:2012:525 ECJ 28.

106 Sobre este motivo de denegación de cooperación judicial, véase SIGNORIN, S., “La digitalizazione..”, *loc.cit.*, p. 614.

Si en el órgano jurisdiccional requirente o requerido no se dispone de acceso a la tecnología de telecomunicaciones, dichos órganos jurisdiccionales podrán facilitarla de mutuo acuerdo. Consideramos un acierto que el legislador europeo haya previsto un principio de asistencia mutua en este ámbito, de modo que, si alguno de los órganos jurisdiccionales no tiene acceso a la tecnología requerida, podrán facilitarla mediante acuerdo.

Asimismo, el art. 20 del Reglamento permite al órgano jurisdiccional requirente obtener pruebas directamente en otro Estado miembro mediante videoconferencia u otra tecnología, cuando la práctica de la prueba consista en la toma de declaración o el interrogatorio de una persona presente en otro Estado miembro. Dicho órgano jurisdiccional obtendrá la prueba por videoconferencia u otra tecnología, siempre que esta esté disponible y, teniendo en cuenta las circunstancias específicas del caso, el órgano jurisdiccional estime adecuada su utilización. Para valorar la “idoneidad”, según se desprende del Considerando 21.2º del Reglamento, es fundamental el desarrollo justo del procedimiento. Con esto se hace implícita referencia a los estándares del art. 47 de la CDFUE y al art. 6 de la CEDH. A tal fin, el órgano jurisdiccional requirente y el órgano central o la autoridad competente del Estado miembro requerido, o el órgano jurisdiccional designado, se pondrán de acuerdo sobre los aspectos prácticos de la toma de declaración o el interrogatorio. Además, previa solicitud, este proporcionará asistencia al órgano jurisdiccional requirente para encontrar un intérprete, si es necesario, asegurando así el derecho de defensa de las partes.

A pesar de las ventajas que tiene la incorporación de las nuevas tecnologías para la práctica de la obtención de pruebas, también plantea retos singulares. Entre los principales, se encuentran las preocupaciones sobre la calidad técnica de las conexiones, que pueden afectar la claridad y autenticidad de la prueba, así como la posible vulneración de derechos fundamentales, como el derecho a un juicio justo, si no se cumplen todas las garantías procesales. En este sentido, los tribunales deben garantizar que la videoconferencia no perjudique el derecho de defensa, permitiendo a las partes interactuar de manera adecuada durante el proceso. La tecnología empleada debe ofrecer alta calidad de imagen y sonido. Debe permitir la identificación clara de las personas intervinientes y garantizar que la comunicación sea bilateral y simultánea, sin interrupciones. Para ello, es fundamental contar con tecnología de alta calidad, requisitos de interfaz seguros y un sistema robusto de identificación de los interlocutores remotos¹⁰⁷. Por ejemplo, la comunicación en tiempo real a través de Internet (como “Zoom”, “Skype”) es una opción, siempre que se garantice la confidencialidad de la comunicación y se cumplan los requisitos legales sobre protección de datos¹⁰⁸. Al respecto, cabe destacar que la Guía sobre videoconferencias en procedimientos judiciales transfronterizos establece normas comunes para su uso, contribuyendo así a la armonización de los procedimientos judiciales entre los Estados miembros de la UE¹⁰⁹. En ella se abordan aspectos organizativos, técnicos y jurídicos rela-

107 Para un examen de tales exigencias, véase ESTEBAN DE LA ROSA, F. et ALIA, *Justicia Digital...*, *op.cit.*, pp. 51-57.

108 VON HEIN, J., “Digitalisierungsaspekte der neuen Europäischen Beweisaufnahmeverordnung” https://univerlag.uni-goettingen.de/bitstream/handle/3/isbn-978-3-86395-622-6.2/GKDZ03_02_vonhein.pdf?sequence=1&isAllowed=y

109 Disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/media/30590/qc3012963esc.pdf>.

cionados con la implementación de la videoconferencia, incluyendo la utilización del equipo correspondiente en las salas de audiencias y de testigos, así como el uso de dispositivos móviles para facilitar la participación remota. Esta Guía proporciona un marco sólido, detallado y armonizado de cómo deben llevarse a cabo, aunque su éxito dependerá de su implementación práctica en los tribunales y de la adaptación de los sistemas judiciales nacionales a las exigencias tecnológicas y normativas europeas.

V. LA CONSOLIDACIÓN: LA DIGITALIZACIÓN DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL TRANSFRONTERIZA Y EL ACCESO DE LOS CIUDADANOS A LA JUSTICIA

1. Introducción

El Reglamento de Digitalización constituye un esfuerzo importante del legislador europeo para promover la transformación digital y mejorar la eficiencia y accesibilidad de los sistemas judiciales. Se enmarca en la Agenda Digital Europea¹¹⁰ y tiene como objetivo facilitar la digitalización de los procedimientos judiciales dentro de la UE, buscando optimizar la eficiencia, accesibilidad y seguridad de los procesos. A tales efectos, prevé la comunicación electrónica entre autoridades competentes y entre estas y personas físicas o jurídicas en procedimientos judiciales, incluyendo el uso de videoconferencias para vistas orales (art. 1). El Reglamento busca optimizar los procedimientos judiciales mediante la digitalización, garantizando comunicaciones seguras e íntegras, y promoviendo la accesibilidad y rapidez en la resolución de casos. Además, pretende reforzar la eficacia y resiliencia de los sistemas judiciales, adaptándolos a retos futuros. Este Reglamento introduce un salto cualitativo y cuantitativo al abarcar toda la cooperación judicial transfronteriza, con excepción de los Reglamentos 2020/1783 y 2020/1784, que quedan fuera de su ámbito de aplicación, salvo algunas particularidades¹¹¹.

El Reglamento de Digitalización diferencia distintos canales de comunicación. Así, en las interacciones entre autoridades competentes de diferentes Estados miembros o con órganos de la UE, se prioriza el uso del sistema informático descentralizado, con el fin de garantizar comunicaciones eficientes y seguras (art. 3). No obstante, se permite el uso de medios alternativos de comunicación en caso de necesidad o cuando las circunstancias lo aconsejen¹¹². El Reglamento se basa en elementos heredados de normativas previas, como el e-Codex, los servicios de confianza e-IDAS y los principios de “*digital by default*” y “*equivalencia funcional*”. Ahora bien, para la comunicación entre personas físicas o jurídicas y las autoridades competentes, el Reglamento prevé la creación de un punto de acceso electrónico (art. 4). Este punto puede definirse como “*un portal accesible tanto a personas físicas y jurídicas como a sus representantes, en toda la UE, y que está conectado a un punto de acceso interoperable dentro del*

110 Disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/64/una-agenda-digital-para-europa>

111 Considerando 17.

112 El sistema informático descentralizado se define en el art. 2 como “*una red de sistemas informáticos y puntos de acceso interoperables que opera bajo la responsabilidad y la gestión individuales de cada Estado miembro, órgano u organismo de la Unión, y permite un intercambio transfronterizo de información seguro y fiable*”.

sistema informático descentralizado”. Su objetivo es ofrecer al ciudadano un único punto de entrada para acceder a información, presentar documentos y realizar trámites judiciales entre los Estados miembros, simplificando los procedimientos y garantizando la interoperabilidad entre los sistemas nacionales, a fin de hacer los servicios judiciales más accesibles, eficientes y seguros. A pesar de las ventajas que presenta su creación, su implantación enfrenta varios desafíos relacionados con la interoperabilidad, barreras lingüísticas, desigualdad digital, y falta de confianza de los ciudadanos en los sistemas.

2. Análisis de los avances logrados en el Reglamento de Digitalización

A) COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS ENTRE LAS AUTORIDADES COMPETENTES A TRAVÉS DEL SISTEMA INFORMÁTICO DESCENTRALIZADO

La digitalización de las comunicaciones entre autoridades competentes en asuntos transfronterizos está contemplada en el Reglamento de Digitalización (art. 4), aunque se limita a los asuntos incluidos en su ámbito de aplicación, que se detallan en el Anexo I¹¹³. Esta digitalización representa uno de los aspectos más innovadores de la iniciativa legislativa. Para facilitar este objetivo, el legislador europeo ha implementado un sistema informático descentralizado, que se convierte en el canal obligatorio y preferente sobre otros medios alternativos, gracias al principio del “*digital-by-default*”. Este sistema está destinado a permitir la transmisión directa de comunicaciones entre las autoridades competentes facilitando la interconexión e interoperabilidad de los sistemas nacionales y mejorando la cooperación en procedimientos transfronterizos. Para garantizar la seguridad en las transmisiones, establece el uso de los servicios de confianza e-IDAS. Sin embargo, el Reglamento también reconoce la necesidad de flexibilidad en la cooperación judicial, permitiendo que, en circunstancias específicas, como la necesidad de comunicación personal y directa, se puedan emplear medios menos formales, como el correo electrónico, según lo establecido en los Reglamentos (UE) 2015/848¹¹⁴ y 2019/1111¹¹⁵.

113 Los actos jurídicos incluidos en su ámbito de aplicación son: a) los Reglamentos (CE) núm. 1896/2006 (procedimiento monitorio); (CE) núm. 861/2007 (pequeña cuantía); b) Reglamento (CE) núm. 805/2004 (título ejecutivo europeo); c) procedimientos de reconocimiento, declaración de fuerza ejecutiva o denegación del reconocimiento establecidos en los Reglamentos (UE) núm. 650/2012 (sucesiones) y (UE) núm. 1215/2012 (Bruselas I bis), así como los Reglamentos (CE) núm. 4/2009 (alimentos), Reglamento (UE) 2016/1103 (régimen económico sobre parejas casadas), (UE) 2016/1104 (régimen económico sobre parejas registradas) y (UE) 2019/1111 del Consejo (Bruselas II ter); d) procedimientos relacionados con la expedición, la rectificación y la retirada de extractos establecidos en el de alimentos, el certificado sucesorio europeo y los certificados establecidos en el Reglamento de sucesiones, en el Reglamento Bruselas I bis, en los Reglamentos sobre régimen económico de parejas casadas y parejas registradas, así como en el Reglamento Bruselas II ter; e) la presentación de un crédito por un acreedor extranjero en un procedimiento de insolvencia con arreglo al artículo 53 del Reglamento (UE) 2015/848; f) la comunicación entre personas físicas o jurídicas o sus representantes con las autoridades centrales con arreglo al Reglamento (CE) núm. 4/2009 y al Reglamento Bruselas II ter o con las autoridades competentes con arreglo al capítulo IV de la Directiva 2003/8/CE (acceso a la Justicia).

114 Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015 sobre procedimientos de insolvencia (DOUE, L 141, 5 de junio de 2015).

115 Reglamento del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (DOUE, L 178, núm. 2019, de 2 de julio de 2019).

No obstante, es relevante destacar que, en lo que respecta a las obligaciones alimentarias, este sistema es compatible con el programa informático iSupport, desarrollado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Este sistema tiene como objetivo principal facilitar el cumplimiento transnacional de las obligaciones alimentarias, mejorando su eficacia y agilidad, y buscando, además, reducir los costes asociados a las transacciones bancarias y minimizar los perjuicios derivados de las demoras en su ejecución¹¹⁶.

Uno de los mayores desafíos que presenta la implantación del sistema informático descentralizado, será garantizar que los sistemas informáticos de cada país sean compatibles y puedan comunicarse entre sí de manera eficiente, manteniendo altos estándares de seguridad y eficiencia. Para lograr su éxito completo, es esencial una cooperación continua entre los Estados miembros, el fortalecimiento de la infraestructura digital y el apoyo a la capacitación del personal de la administración de Justicia.

B) COMUNICACIONES, PRESENTACIÓN DE ESCRITOS Y ACCESO A EXPEDIENTES A TRAVÉS DEL PUNTO DE ACCESO ELECTRÓNICO EUROPEO

El Reglamento de Digitalización ha apostado decididamente por facilitar el acceso a la justicia a los ciudadanos a través del punto de acceso electrónico europeo, mediante el cual los ciudadanos podrán presentar escritos de forma digital ante los tribunales de otro Estado miembro (formularios, demandas, etc.), consultar directamente sus archivos judiciales, comunicarse con las autoridades competentes, e incluso recibir notificaciones. A tales efectos, reconoce plenos efectos jurídicos a los documentos electrónicos transmitidos a través de este sistema (art. 8).

Entre las funciones más destacables que este punto de acceso ofrecerá está la posibilidad de convertirse en una vía de comunicación entre el ciudadano –o su representante– y las autoridades competentes, siempre que este preste su consentimiento. Dicho consentimiento deberá otorgarse de manera particular y específica para cada procedimiento en el que se utilice. Sin embargo, también podrá ser general si la persona (física o jurídica) tiene la intención de utilizar este punto para comunicarse con las autoridades competentes en los procedimientos y ámbitos previstos en el Reglamento¹¹⁷. El consentimiento del ciudadano constituye el elemento que legitimará a las autoridades judiciales de otro Estado miembro para utilizar esta vía de comunicación, lo que refleja el deseo del legislador europeo de promover los valores europeos en el marco de la transformación digital, colocando a las personas en el centro del proceso y asegurando que la tecnología digital beneficie al ser humano. Por ello, consideramos que el legislador debería haber adoptado las salvaguardias necesarias para garantizar un consentimiento informado, de modo que el ciudadano sea plenamente consciente de las implicaciones que puede acarrear su decisión. En su lugar, la normativa europea solo contempla que deben ser observados los requisitos de forma, idioma y representación establecidos por el Derecho de la UE y el Derecho nacional del Estado miembro correspondiente¹¹⁸.

116 SANTIAGO, T. y VILLEGAS, C., “iSupport como herramienta modelo para el acceso a la justicia en el ámbito del derecho internacional privado”, *Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay*, 2021, 24, pp. 128-143.

117 Art. 4.6°.

118 Art. 4.4°.

El punto de acceso electrónico europeo es una herramienta clave en la transformación digital de la justicia en la UE, pues que permite una mayor eficiencia, acceso y seguridad en los procedimientos judiciales transfronterizos. Una vez en vigor, deberá estar alojado en el Portal Europeo de e-Justicia, que actúa como ventanilla única para la información y los servicios judiciales en la Unión, tal y como sucede en algunos Estados miembros, como en Estonia (sistema KIS2¹¹⁹), Países Bajos (sistema eNCC¹²⁰) y España (Lex-Net¹²¹). Promete simplificar los procesos judiciales al ofrecer un canal único y seguro de comunicación. Sin embargo, su alcance territorial y material es limitado, ya que está previsto solo para ciertos procedimientos. Curiosamente, no se contempla su aplicación en derecho de familia, sucesiones o cuestiones patrimoniales. Además, Dinamarca no está vinculada por el Reglamento.

Con todo, su éxito enfrenta varios desafíos: debe estar disponible en todos los idiomas oficiales de la UE, generar confianza en los usuarios y superar la brecha digital, especialmente en regiones con acceso limitado a tecnología e Internet. Además, los usuarios pueden necesitar formación adicional para navegar por la plataforma y superar posibles problemas de infraestructura. Para garantizar su efectividad, la Comisión Europea gestionará, desarrollará, mantendrá y asegurará el sistema, ofreciendo asistencia gratuita a los usuarios¹²². Esta asistencia incluirá orientación sobre cómo presentar solicitudes y acceder a asistencia jurídica en otros Estados miembros.

El alcance de dicho punto dependerá de la seguridad que ofrezca y de la inclusión digital de todos los actores involucrados. En este sentido, la utilización del punto se enmarca en el Reglamento eIDAS, que regula el uso de los servicios de confianza. Además, el Reglamento de Digitalización demuestra su sensibilidad hacia las necesidades del ciudadano. Dado que las brechas digitales pueden surgir cuando la utilización de la vía electrónica es obligatoria, se otorga a los ciudadanos la posibilidad de elegir el medio de comunicación con las autoridades competentes. Así, pueden optar por la comunicación electrónica o por otros medios alternativos. Esta opción favorece la protección frente a situaciones de indefensión, especialmente para las personas más vulnerables, como aquellas que carecen de competencias digitales o de los medios técnicos necesarios. Esta preocupación es bien conocida en el Derecho comparado. Algunos sistemas judiciales, como los de Países Bajos, Alemania y Estonia¹²³, han adoptado enfoques similares, permitiendo la presentación de escritos por medios no electrónicos tras habilitar la vía digital. No obstante, esta opción de elección solo se reconoce a las personas físicas, mientras que a las personas jurídicas se les impone el uso obligatorio de medios electrónicos. En la misma línea, el sistema procesal español establece la obligación de que ciertos sujetos se comuniquen exclusivamente por vía electrónica (art. 32 Real Decreto-Ley 6/2023).

En última instancia, la implantación efectiva de dicho punto dependerá de su seguridad, la inclusión digital y la difusión de la herramienta. Es crucial que los ciudadanos conozcan su existencia y las posibilidades que ofrece. No sería la primera vez que un intento de digitalizar

119 Disponible en: <https://www.rik.ee/en/international/court-information-system>.

120 Disponible en: <https://www.rechtspraak.nl/English/NCC/Pages/eNCC.aspx>.

121 Disponible en: <https://lexnetjusticia.gob.es>.

122 Art. 4.3°.

123 ESTEBAN DE LA ROSA, F., "Obligaciones...", *loc.cit.*, pp. 447-448.

la cooperación transfronteriza fracasa por esta razón, por lo que resulta fundamental reforzar la difusión de la herramienta y la formación de todos los colectivos jurídicos involucrados (abogados, autoridades judiciales, etc.). Además, el legislador europeo debería haber anticipado y propuesto soluciones específicas para resolver las dificultades técnicas que pudieran surgir, así como para abordar las situaciones excepcionales en las que no sea posible realizar la entrega por vía electrónica.

C) LA NOTIFICACIÓN JUDICIAL A TRAVÉS DEL PUNTO DE ACCESO ELECTRÓNICO EUROPEO

El Reglamento de Digitalización tiene como objetivo mejorar la cooperación judicial en el espacio judicial europeo, tanto en términos cualitativos como cuantitativos. Para ello, ha reforzado el Reg. 2020/1784, permitiendo también que las notificaciones judiciales se realicen a través del punto de acceso electrónico europeo. Esta herramienta ofrece ventajas como el acceso desde diversos dispositivos, autenticación segura, firma electrónica y respeto a la confidencialidad, aunque su uso está condicionado a dos requisitos: 1) que se conozca la dirección del destinatario en otro Estado miembro, y 2) que el destinatario haya dado su consentimiento expreso durante el procedimiento¹²⁴.

El sistema facilita la confirmación de la recepción de la notificación, lo que mejora la confianza y la seguridad en los procesos judiciales. Sin embargo, existen deficiencias en la regulación del consentimiento explícito e informado de los destinatarios, lo que requiere una mayor claridad por parte del legislador europeo, especialmente sobre las condiciones en que debe prestarse este consentimiento. Además, el uso de esta plataforma presenta desafíos, como la falta de comprensión por parte de los destinatarios o la falta de acceso a la tecnología, lo que podría generar desigualdad y afectar el derecho de acceso a la justicia. Para mitigar estos problemas, se recomienda implementar campañas de sensibilización, formación y asegurar la compatibilidad con tecnologías asistivas para personas con discapacidades.

A pesar de estas ventajas, es probable que esta herramienta de notificación electrónica sea desplazada por el sistema informatizado descentralizado una vez que esté completamente operativo, como se anticipa en el Reg. 2020/1784 (principio “*digital by default*”).

D) LA CELEBRACIÓN DE LAS VISTAS ORALES POR VIDEOCONFERENCIA EN EL ÁMBITO TRANSFRONTERIZO

La celebración de vistas orales por videoconferencia ha sido clave en la digitalización de la justicia, impulsada por la pandemia de COVID-19¹²⁵. Este modelo permite a los tribunales realizar audiencias de manera remota, superando barreras geográficas y mejorando la eficiencia.

124 MARCHAL ESCALONA, N., “La notificación electrónica...”, *loc.cit.*, pp. 755-756.

125 Para un análisis detallado, véase AA.VV., *Civil Courts Coping with Covid-19*, en KRANS, B. y NYLUND, A. (eds.), Eleven International Publishing, La Haya, 2021.

Es particularmente beneficioso en los procesos transfronterizos, y el legislador europeo lo ha promovido como una herramienta para garantizar el acceso a la justicia y reducir las barreras físicas y logísticas en el Reglamento de Digitalización para celebrar vistas orales (art. 5).

En particular, el Reglamento establece el uso facultativo de la videoconferencia u otros medios de comunicación, respetando el derecho de las partes a interactuar presencialmente con la Administración de Justicia, lo que se alinea con el objetivo de centrar el proceso de digitalización en el ser humano. Aunque solo armoniza parcialmente las condiciones para celebrar vistas electrónicas en procesos transfronterizos. No ofrece una regulación común completa, lo que significa que su implementación depende de los sistemas procesales nacionales.

Para abordar los desafíos tecnológicos de la digitalización de la justicia, especialmente en la celebración de vistas orales por videoconferencia u otros medios electrónicos¹²⁶, es crucial cumplir con diversos requisitos técnicos y normativos que garanticen tanto la eficiencia del sistema como la protección de los derechos de las partes involucradas. En particular, se precisa:

a) La disponibilidad, adecuación y accesibilidad de los medios tecnológicos. Cualquiera que sea el medio electrónico utilizado para tal fin, debe estar disponible en los sistemas procesales de los Estados implicados [art. 5.1º a)]. No obstante, echamos en falta que el legislador no haya previsto el principio de asistencia mutua que establece el Reg. 2020/1783 (art. 12.4º *in fine*). Con todo, no debe denegarse la celebración de una vista por medios electrónicos únicamente por la inexistencia de normas nacionales que regulen el uso de tecnologías de comunicación a distancia. En su lugar, deben aplicarse las normas nacionales más adecuadas¹²⁷. El procedimiento para iniciar y celebrar vistas por videoconferencia o por medio de otras tecnologías de comunicación a distancia debe regirse por el Derecho del Estado miembro en el que se desarrolle el procedimiento, debiéndose entender por tal el Estado miembro que la organiza. Naturalmente en este punto es donde podemos encontrar en la práctica mayores problemas y aplicaciones heterogéneas en función de lo dispuesto en cada ordenamiento jurídico nacional. Con todo, la autoridad competente debe elegir la tecnología que sea más apropiada¹²⁸. Así, por ejemplo, una mera llamada telefónica no debería considerarse una tecnología apta para la celebración de vistas orales¹²⁹.

La normativa europea no ignora la necesidad de garantizar que los comparecientes tengan acceso a la vista por videoconferencia. Para ello, el Reglamento prevé la obligación de que las autoridades judiciales envíen a los participantes un enlace que les permita participar en la videoconferencia y recibir asistencia técnica. Así, por ejemplo, deben proporcionar instrucciones sobre el programa informático que se utilizará y, en caso necesario, organizar una prueba técnica antes de la vista. Además, el uso de estas herramientas no puede dejar atrás a las personas vulnerables. Por ello, la autoridad competente debe garantizar que estas personas

126 Para un análisis más detallado de los mismos, véase FERNÁNDEZ-FÍGARES, M.J., *Audiencias telemáticas en la justicia. Presente y futuro*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2021.

127 Considerando 22.

128 Art. 5.1º c) y Considerando 35.

129 Considerando 32.

tengan acceso a la vista por videoconferencia, teniendo en cuenta sus necesidades específicas, especialmente las de las personas con discapacidad¹³⁰. Esta exigencia debe ser valorada de forma positiva, ya que está en sintonía con la necesidad de minimizar la brecha digital.

Con todo, es importante que se trabaje en la resolución de los desafíos tecnológicos y de accesibilidad para asegurar que estas prácticas no perjudiquen los derechos de los implicados en los procesos judiciales.

b) Exigencias técnicas. Un elemento esencial en la celebración telemática de una actuación procesal es disponer de un sistema técnico adecuado para la captación, reproducción y grabación del sonido y la imagen, que ofrezca seguridad. Los medios técnicos empleados deben ser seguros y confiables. Deben permitir a la autoridad competente autenticar la identidad de las personas a las que se les va a tomar declaración y asegurar una correcta interacción visual, auditiva y verbal entre todos los intervinientes en la audiencia. A tal fin, la Guía sobre videoconferencias, ya citada, y que armoniza el uso de tales medios en los procedimientos transfronterizos puede ser de utilidad. No obstante, su cumplimiento dependerá de su efectiva implementación.

La calidad de la conexión es crucial para el buen desarrollo de las vistas orales por videoconferencia. Problemas de conectividad, como interrupciones o pérdida de señal, pueden interrumpir el curso normal de la audiencia y, en última instancia, vulnerar los derechos procesales de las partes involucradas. Además, es posible que surjan interrupciones o problemas técnicos durante la transmisión, lo que podría afectar el desarrollo del proceso judicial, retrasando o complicando la interacción entre las partes y los jueces¹³¹. Esto subraya la importancia de contar con una infraestructura tecnológica fiable y de calidad para asegurar la integridad y fluidez de las audiencias virtuales.

c) Respeto de los derechos fundamentales. La tecnología utilizada en las vistas orales por videoconferencia debe garantizar el cumplimiento de los principios fundamentales del proceso judicial, como el derecho de defensa y la igualdad de las partes. La videoconferencia o cualquier medio electrónico utilizado no debe comprometer el derecho de las partes a ser oídas ni a presentar su defensa. Es especialmente importante que los abogados puedan comunicarse de manera confidencial con sus clientes durante la audiencia, lo que requiere el uso de plataformas seguras que permitan consultas privadas. Asimismo, la falta de contacto físico entre las partes podría influir en la percepción del juez sobre el testimonio de los testigos, por lo que se deben establecer medidas adicionales para garantizar la imparcialidad y la integridad de la audiencia¹³².

Para ello, es crucial que las autoridades judiciales aseguren que todas las partes tengan acceso adecuado a la videoconferencia o, en su defecto, se ofrezcan alternativas como la presencia

130 Considerando 38.

131 GARCÍA SANZ, J., GONZÁLEZ GUIMARAES-DA SILVA, J., “Las «vistas telemáticas» en el proceso civil español...”, *loc. cit.*

132 Véase Sentencia del Tribunal Federal de Australia de 15 de abril de 2020 (*Capic v Ford Motor Company of Australia Limited (Adjournment)* [2020] FCA 486). Disponible en: https://www.arbitrators.co.za/wp-content/uploads/2020/07/A-CASE-IN-POINT_Capic-v-Ford-Motor-Company-of-Australia-Limited-.pdf.

física. Además, el tribunal debe contar con la capacitación técnica necesaria para gestionar la videoconferencia, garantizando la calidad de imagen y sonido para la correcta valoración de testimonios y pruebas. El derecho a la interpretación no debe verse afectado por el uso de tales tecnologías.

Esta exigencia plantea el reto de contar con equipos idóneos y una infraestructura que garantice los estándares de seguridad necesarios, que permita que tanto el juez como los demás funcionarios judiciales y los profesionales del derecho puedan desempeñar sus funciones de manera efectiva. Las videoconferencias deben llevarse a cabo en entornos controlados y seguros, con acceso restringido a las partes que participen en la audiencia. Debe existir también un protocolo claro para interrumpir o suspender la videoconferencia en caso de problemas técnicos, garantizando que no se vean vulnerados los derechos de las partes. Es imprescindible que los sistemas utilizados cuenten con robustos protocolos de seguridad para proteger la confidencialidad de las comunicaciones y evitar cualquier tipo de interceptación o alteración. El acceso a las videoconferencias debe estar controlado, limitándose a las personas autorizadas (jueces, abogados, fiscales, partes, testigos, etc.), para prevenir filtraciones o accesos no deseados.

En cuanto al manejo de datos personales durante las vistas, estos deben ser gestionados conforme al principio de minimización de datos del RGPD, recopilando solo la información estrictamente necesaria para la vista. Las grabaciones deben almacenarse de forma segura y su acceso restringido a fines judiciales, con el consentimiento expreso de los involucrados. Además, los datos deben conservarse solo durante el tiempo necesario y eliminarse de manera segura una vez finalizado el proceso judicial.

e) Humanismo tecnológico. El Reglamento enfatiza la importancia de oír la opinión de las partes sobre el uso de tecnologías en los procedimientos judiciales [art. 5.1º b)], alineándose con el objetivo del legislador europeo de centrar la transformación digital en el bienestar de los ciudadanos. Para ello, la autoridad competente debe elegir un método apropiado para recopilar estas opiniones, siguiendo el Derecho procesal interno. Además, cuando se disponga la grabación de las vistas en el Derecho nacional del Estado miembro en el que se celebre la vista, es esencial informar a las partes sobre esta práctica y su derecho a oponerse a la grabación, garantizando así una mayor transparencia y respeto por los derechos de los involucrados¹³³.

En suma, la utilización de la videoconferencia u otros medios de comunicación para la celebración de vistas orales es opcional. Debe respetarse el derecho de las partes a participar de manera presencial si lo desean. Con todo, su uso debe garantizar condiciones técnicas adecuadas, como un sistema que permita la autenticación de identidad y la comunicación efectiva. Además, las autoridades judiciales tienen la obligación de proporcionar enlaces y asistencia técnica a los comparecientes, garantizando que todos los participantes, incluidos aquellos con discapacidad, puedan acceder a la videoconferencia. Es esencial asegurar la calidad técnica de la videoconferencia (audio y video), la protección de datos personales, así como la importancia de reducir la brecha digital, asegurando que todas las personas tengan acceso a estas herramientas.

133 Considerando 36 Reglamento Digitalización.

VI. CONCLUSIONES

La Unión Europea lleva décadas desarrollando una estrategia de digitalización judicial equilibrando la eficiencia en la cooperación judicial internacional con la protección de los derechos procesales y el acceso a la justicia. Este enfoque, centrado en la creación de una justicia digital sostenible y centrada en el ser humano, busca empoderar a ciudadanos y empresas en un entorno digital, mejorando la resolución de conflictos transfronterizos. Para garantizar que la innovación tecnológica no interfiera con la privacidad ni el derecho a la tutela judicial efectiva, la estrategia europea promueve el uso de herramientas digitales seguras, como las previstas en el Reglamento eIDAS y en la legislación de protección de datos personales, que aseguran comunicaciones digitales confiables y el respeto a los derechos fundamentales.

No obstante, las disparidades tecnológicas entre los Estados miembros de la UE en el ámbito judicial dificultan la creación de un derecho procesal europeo eficiente y equitativo. Para evitar que la digitalización incremente las desigualdades en el acceso a la justicia, es crucial que los países inviertan en infraestructuras digitales y capacitación en el uso de herramientas digitales de funcionarios judiciales y ciudadanos. Si estos están debidamente preparados para utilizar estas tecnologías, se logrará una mayor transparencia, rapidez y eficacia en los procesos judiciales, lo que redundará en un sistema judicial más justo y confiable. Con todo, la exclusión de Dinamarca del Reglamento e-Codex y del Reglamento de Digitalización contribuye a que el progreso en la digitalización varíe significativamente entre los Estados miembros de la UE, lo que afecta negativamente a los ciudadanos y al espacio de libertad, seguridad y justicia en Europa. En este contexto, sería deseable que Dinamarca se uniera a los esfuerzos por digitalizar la justicia transfronteriza en la UE.

Para lograr con éxito la plena digitalización de la justicia europea transfronteriza, es fundamental contar con infraestructuras y equipamientos técnicos que garanticen la interoperabilidad de las comunicaciones. Los pilares tecnológicos del nuevo sistema europeo sobre los que se asienta el nuevo sistema europeo son el sistema informático descentralizado, el e-Codex, el punto electrónico, cada uno cumple con una función diferente.

La implementación del sistema descentralizado europeo basado en e-Codex es clave para la digitalización de la justicia transfronteriza, mejorando la conectividad entre las autoridades judiciales de la UE. Sus pilares son los principios “*digital by default*” y “*equivalencia funcional*”. Uno de los beneficios esperados de e-Codex es que no solo mejorará la eficiencia de la justicia transfronteriza, sino que también impulsará la modernización de los sistemas judiciales nacionales, acelerando la adopción de nuevas tecnologías. Su éxito enfrenta desafíos, tales como la interoperabilidad entre sistemas, la protección de datos y la capacitación de los usuarios. Para superar estos obstáculos, es crucial la cooperación continua entre los Estados miembros, el fortalecimiento de la infraestructura digital y la formación continua del personal judicial, con un enfoque inclusivo que evite profundizar las desigualdades entre países de la UE. No obstante, el legislador europeo reconoce que este sistema no es una panacea. Cuando no sea viable o adecuado utilizar esta vía de comunicación, se deben emplear otras vías de comunicación.

Por su parte, el punto de acceso electrónico europeo constituye una herramienta fundamental para modernizar el sistema judicial transfronterizo de la UE, facilitando el acceso de los

ciudadanos a la información judicial, la presentación de documentos y la comunicación con las autoridades judiciales. Aunque representa un avance hacia la eficiencia en los procesos transfronterizos, su uso está limitado a ciertos procedimientos y no vincula a todos los Estados miembros. Además, enfrenta desafíos como la interoperabilidad, barreras lingüísticas, desigualdad digital y falta de confianza de los ciudadanos en los sistemas electrónicos. Para que sea efectivo, es crucial superar estos obstáculos, asegurar que todos los usuarios, incluidos los vulnerables, puedan beneficiarse de él, y garantizar su compatibilidad con tecnologías asistivas.

El uso de la videoconferencia para obtener pruebas o en la celebración de vistas orales ha sido esencial en la digitalización de la justicia, impulsada por la pandemia de COVID-19. Permite a los tribunales recabar pruebas o realizar audiencias de manera remota, superando barreras geográficas y mejorando la eficiencia. Es particularmente beneficioso en los procesos transfronterizos, y el legislador europeo ha previsto su uso como una herramienta para garantizar el acceso a la justicia y reducir las barreras físicas y logísticas. No obstante, su efectiva implantación presenta desafíos significativos. Para que esta sea exitosa, es necesario garantizar que los aspectos técnicos estén alineados con los derechos fundamentales de los participantes, y que los actores involucrados estén bien preparados para su uso. La Guía sobre videoconferencias en procedimientos judiciales transfronterizos constituye un recurso fundamental para facilitar la digitalización de la justicia en la UE. No obstante, aunque ofrece un marco sólido y detallado, su cumplimiento dependerá de su implementación práctica en los tribunales y su adaptación en los sistemas judiciales nacionales. Los tribunales deben asegurar un uso equitativo y seguro de la tecnología, minimizando los riesgos técnicos y los problemas de acceso desigual. Uno de los principales retos radica en no comprometer el derecho a la interpretación debido a la mediación tecnológica.

EL RESURGIR DEL CRIMEN DE GENOCIDIO ¿‘OPORTUNIDAD PERDIDA’ DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA EN SUS ÓRDENES DE MEDIDAS PROVISIONALES CONTRA ISRAEL?

THE RESURGENCE OF THE CRIME OF GENOCIDE ‘MISSED OPPORTUNITY’ OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE IN ITS ORDERS OF PROVISIONAL MEASURES AGAINST ISRAEL?

SARA CALLES GÓMEZ*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LAS ÓRDENES DE MEDIDAS PROVISIONALES ADOPTADAS CONTRA ISRAEL. III. EL DERECHO A LA LEGÍTIMA DEFENSA EN LA ‘CUESTIÓN DE PALESTINA’. IV. LA POSIBLE COMISIÓN DEL CRIMEN DE GENOCIDIO POR ISRAEL: ESTUDIO DE LAS ACTIVIDADES ISRAELÍES CONTRA EL PUEBLO PALESTINO. V. CONSIDERACIONES FINALES.

RESUMEN: La ‘Cuestión de Palestina’ es un conflicto latente y enquistado cuya solución parece estar muy lejos de ser una realidad. En la actualidad, la población palestina de la Franja de Gaza está enfrentándose a una crisis humanitaria sin parangón, originada por la conocida como ‘Operación Espadas de Hierro’. Israel orquestó dicha operación en base a su supuesto derecho a la legítima defensa en respuesta a los ataques de Hamás del 7 de octubre de 2023 sobre territorio palestino ocupado. El 29 de diciembre de 2023, Sudáfrica solicitó ante la Corte Internacional de Justicia el inicio de un procedimiento contra Israel por posible comisión del crimen de genocidio, adoptando la Corte el 26 de enero de 2024 una serie de medidas provisionales, pero sin requerir un alto el fuego, así como tampoco en la Orden posterior del 28 de marzo de 2024. El 24 de mayo de 2024, la Corte dictó un alto el fuego para la ciudad de Rafah, medida, al igual que las demás, no cumplida por Israel, a pesar de la situación límite que vive la población civil gazatí. La comunidad internacional, mientras tanto, por incapacidad o por falta de voluntad para frenar esta situación, puede que esté asistiendo a un nuevo genocidio en pleno siglo XXI.

ABSTRACT: *The ‘Question of Palestine’ is a latent and frozen conflict whose solution seems far from being a reality. The Palestinian population in the Gaza Strip is currently facing an unprecedented humanitarian crisis, originated from the so-called ‘Operation Iron Swords’. Israel orchestrated this operation on the basis of its alleged right to self-defence in response to the Hamas attacks of 7 October 2023 on occupied Palestinian territory. On 29 December 2023, South Africa requested the International Court of Justice to initiate proceedings against Israel for possible commission of the crime of genocide, adopting a series of provisional measures on 26 January 2024, but without requiring a ceasefire, nor in the subsequent Order of 28 March 2024. On 24 May 2024, the Court issued a ceasefire for the city of Rafah, which, like the others, was not complied with by Israel, despite the extreme situation that the Gaza civilian population is experiencing. In the meantime, the international*

Fecha de recepción del trabajo: 4 de septiembre de 2024. Fecha de aceptación de la versión final: 11 de noviembre de 2024.

* Estudiante del Programa de Doctorado Estado de Derecho y Gobernanza Global bajo la dirección del Profesor Juan Santos Vara. Maestría en Acceso a la Abogacía por la Universidad de Salamanca, LLM en Derecho Internacional Público por la Universidad de Utrecht con especialidad en Derechos Humanos, y Maestría en Estudios de la Unión Europea por la Universidad de Salamanca. Correo electrónico: callessara@usal.es

community, through its inability or unwillingness to stop this situation, may be witnessing a new genocide in the 21st century.

PALABRAS CLAVE: ‘Cuestión de Palestina’, genocidio, Corte Internacional de Justicia, Naciones Unidas, derecho a la legítima defensa, Hamás, Israel.

KEY WORDS: ‘Question of Palestine’, genocide, International Court of Justice, United Nations, right to self-defence, Hamas, Israel.

I. INTRODUCCIÓN

El 26 de enero de 2024, la Corte Internacional de Justicia (CIJ / Corte), en su calidad de brazo judicial de las Naciones Unidas (ONU)¹, máxima garante de los valores de paz, justicia, respeto, derechos humanos, tolerancia y solidaridad², dictó un total de seis medidas provisionales. Estas medidas fueron adoptadas ante los actos cometidos en las operaciones militares –englobadas en la ‘Operación Espadas de Hierro’– llevadas a cabo por el Estado de Israel en la Franja de Gaza como respuesta a los ataques de Hamás –*Harakat al-Muqawama al-Islamiya* o Movimiento de Resistencia Islámica– perpetrados el 7 de octubre de 2023³. Estas medidas fueron adoptadas debido a que se observaron que ciertos actos perpetrados por Israel podrían constituir actos de genocidio, por lo que los derechos de la población civil palestina gazatí se encontraban en peligro de sufrir daños irreparables.

Posteriormente, la Corte adoptó nuevas medidas provisionales el 28 de marzo y el 24 de mayo de 2024, debido al progresivo deterioro de las condiciones de vida en la Franja de Gaza a raíz de los ataques israelíes. Sin embargo, solo en la última de las órdenes la Corte llegó a imponer un alto el fuego, aunque delimitando el mismo a la ciudad de Rafah. A la hora de la adopción de estas medidas, especialmente en el caso de la Orden del 26 de enero de 2024, se observó cierta discordia entre los jueces en cuanto a la interpretación jurídica del conflicto en sí y de la capacidad de la Corte a actuar ante el mismo⁴.

En el presente caso, debe tenerse en cuenta que un Estado miembro de las Naciones Unidas, la República de Sudáfrica, ha acusado a otro Estado miembro, Estado de Israel, de cometer el conocido como “crime of crimes”⁵, es decir, de estar cometiendo el crimen de genocidio contra un grupo humano definido, la población palestina, siendo el objetivo de este crimen la

1 Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, 14 de abril de 1978, art. 1. / Carta de las Naciones Unidas, firmada el 26 de junio de 1945, San Francisco, art. 1.

2 GUTERRES, A., “Discurso del Secretario General electo, António Guterres, en la Asamblea General el día que juró el cargo”, *Naciones Unidas*, 12 de diciembre de 2016. <https://www.un.org/sg/es/content/sg/speeches/2016-12-12/secretary-general-designate-ant%C3%B3nio-guterres-oath-office-speech>

3 CIJ, *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*, Provisional Measures, Order, 26 January 2024.

4 Véase: CIJ, *South Africa v. Israel*, Provisional Measures, Order, 26 January 2024, Separate Opinion of Judge *ad hoc* Barak. / CIJ, *South Africa v. Israel*, Provisional Measures, Order, 26 January 2024, Dissenting Opinion of Judge Sebutinde.

5 TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA (TPIR), *The Prosecutor v. Jean Kambanda*, Case No. ICTR-97-23-S, Judgement and Sentence, 4 September 1998, para. 16.

destrucción física total o parcial del grupo en cuestión. El crimen de genocidio es definido por la Resolución 96(I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU) de 11 de diciembre de 1946 como “una negación del derecho de existencia a grupos humanos enteros, de la misma manera que el homicidio es la negación a un individuo humano del derecho a vivir”⁶. Además, ambos Estados son parte de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Convención), adoptada el 12 de enero de 1951, a fin de “liberar a la humanidad de un flagelo tan odioso”⁷.

No obstante, como se estudiará, probar que un Estado tiene intención de destruir a un grupo humano, es decir, que sus acciones están destinadas a dicho fin –*mens rea*– es harto complejo⁸, y, en este caso, Israel alega que está ejerciendo su derecho a la legítima defensa, ya que justifica que su actuación en la Franja de Gaza es consecuencia directa de los ataques de Hamás del 7 de octubre de 2023. Las medidas provisionales adoptadas por la Corte tienen como fin que los derechos de los palestinos gazatíes no se vean afectados en el tiempo transcurrido entre el inicio del procedimiento y la decisión sobre el fondo del asunto, es decir, la pronunciación de medidas provisionales por la Corte tiene como “its object the preservation” de los derechos supuestamente afectados⁹. La adopción de medidas provisionales no significa determinar el fondo del asunto ni lo prejuzga, como también señala la Corte en esta cuestión en diferentes ocasiones¹⁰. No obstante, Israel no ha cumplido con las medidas provisionales dictadas por la Corte, continuando así con sus ataques contra la población civil palestina, especialmente sobre la ciudad de Rafah, sin permitir tampoco el acceso de ayuda humanitaria internacional, a pesar de que Israel es *ipso facto* miembro de la Corte –art. 93(1) de la Carta de las Naciones Unidas (Carta)– y por dicha membresía tiene la obligación de dar cumplimiento a las decisiones de la CIJ en virtud del art. 94(1) de la Carta.

El presente trabajo tiene como objeto el estudio de las medidas adoptadas por la Corte contra Israel por posibles actos de genocidio cometidos contra la población civil palestina en la Franja de Gaza. En el siguiente epígrafe se analizará en profundidad el razonamiento realizado por la Corte a fin de imponer las distintas medidas provisionales contra Israel y la evolución de las mismas, indagando en las posibles razones por las que la Corte no ha impuesto un alto el fuego de manera general y solo en el caso del ataque a la ciudad de Rafah. Seguidamente, se examinará el derecho a la legítima defensa, atendiendo al contexto en el que se esgrime, es decir, la ‘Cuestión de Palestina’, y, en consecuencia, si Israel posee o no derecho a la legítima defensa tal y como alega, concretándose al caso presente. Posteriormente, se estudiará el crimen de genocidio de manera general, observándose si hay indicios para entender que Israel es respon-

6 AGNU, A/RES/96(I), “El crimen de genocidio”, 55ª sesión plenaria, 11 de diciembre de 1946.

7 Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, Resolución 260 A (III) de la AGNU de 9 de diciembre de 1948, entrada en vigor el 12 de enero de 1951.

8 HACHEM, A., y HATHAWAY, O.A., “The Promise and Risk of South Africa’s Case Against Israel”, *Just Security*, 4 de enero de 2024. <https://www.justsecurity.org/91000/the-promise-and-risk-of-south-africas-case-against-israel/>

9 CIJ, *South Africa v. Israel*, Provisional Measures, Order, 26 January 2024, para. 35.

10 Véase: CIJ, *South Africa v. Israel*, Provisional Measures, Order, 26 January 2024, para. 20. / CIJ, *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*, Provisional Measures, Order, ICJ Reports 2022 (I), 16 March 2022, para. 24.

sable o no por comisión del crimen de genocidio contra la población palestina en la Franja de Gaza. Finalmente, se expondrán una serie de consideraciones finales sobre la cuestión tratada.

II. LAS ÓRDENES DE MEDIDAS PROVISIONALES ADOPTADAS CONTRA ISRAEL

1. Orden de medidas provisionales del 26 de enero de 2024

Sudáfrica solicitó el 29 de diciembre de 2023 a la Corte que esta iniciase un procedimiento contra Israel, acusando a este Estado de haber violado y estar violando, mediante las diversas acciones militares dentro de la conocida como ‘Operación Espadas de Hierro’, sus obligaciones en el marco de la Convención, cometiendo actos de genocidio contra la población civil de la Franja de Gaza. Por ello, Sudáfrica también solicitó a la CIJ que adoptara un total de nueve medidas provisionales a fin de proteger los derechos de la población palestina hasta que la Corte se pronuncie sobre el fondo del asunto.¹¹

Estas medidas, por un lado, exigían que Israel frenase su operación militar en la Franja de Gaza, pero que también evitase que militares y grupos armados irregulares, controlados o apoyados directa o indirectamente por el Estado de Israel, continuasen dicha ofensiva (medidas 1 y 2). Por otro lado, buscaban evitar que cualquier acto que pudiese constituir un genocidio fuese perpetrado contra la población palestina (medidas 3-5), extendiendo dicha prohibición también a terceros (medida 6).

El resto de las medidas incidían en la necesidad de proteger evidencias con relación a las alegaciones de actos que cayesen en el ámbito del Art. II de la Convención (medida 7); y, a fin de controlar el cumplimiento de dichas medidas, que Israel en el plazo de una semana presentase un informe sobre las medidas adoptadas (medida 8). Finalmente, solicitó que Israel no continuase agravando la situación en la Franja de Gaza (medida 9).

En el presente punto, se estudiará el razonamiento de la Corte a la hora de imponer las medidas provisionales del 26 de enero de 2024. En primer lugar, se atenderá a la jurisdicción *prima facie* de la Corte. En segundo lugar, se estudiarán los requisitos necesarios –plausibilidad, vínculo y posible daño irreparable y urgencia–, establecidos por la propia jurisprudencia de la Corte, para que esta pueda tomar medidas provisionales contra un Estado ante posibles actos que puedan estar afectando los derechos de las personas, provocando un daño irreparable en los mismos antes de que la Corte estudie el fondo del asunto. Seguidamente, se ahondará en las medidas adoptadas por la Corte y las razones por las que no impuso un alto el fuego. Finalmente, se analizarán las medidas del 28 de marzo y del 24 de mayo de 2024.

Antes de ahondar en el razonamiento, cabe destacar que tanto Israel, desde el 11 de mayo de 1949, como Sudáfrica, desde el 26 junio 1945, son Estados miembros de las Naciones Unidas, lo cual supone que estos Estados son también “*ipso facto* partes en el Estatuto de la Corte In-

11 Véase: CIJ, *South Africa v. Israel*, Application instituting proceedings and request for the indication of provisional measures, 29 December 2023.

ternacional de Justicia”, art. 93 de la Carta. Además, ambos Estados son también Estados parte de la Convención desde el 9 de marzo de 1950 y el 10 de diciembre de 1998, respectivamente.

2. Jurisdicción *prima facie* de la Corte y *legal standing* de Sudáfrica

En primer lugar, la CIJ tiene que dilucidar si tiene jurisdicción *prima facie* para imponer medidas provisionales. Sudáfrica se basa en los siguientes artículos para defender la jurisdicción de la Corte:

En primer lugar, art. 36.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (Estatuto), el cual establece lo siguiente:

“La competencia de la Corte se extiende a todos los litigios que las partes le sometan y a todos los asuntos especialmente previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en los tratados y convenciones vigentes.”

En segundo lugar, Art. IX de la Convención:

“Las controversias entre las Partes contratantes, relativas a la interpretación, aplicación o ejecución de la presente Convención, incluso las relativas a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio o en materia de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán sometidas a la Corte Internacional de Justicia a petición de una de las Partes en la controversia.”

En atención a la jurisprudencia previa de la Corte, un conflicto o disputa entre dos Estados, es decir, “a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests”¹² se produce cuando ambos “hold clearly opposite views concerning the question of the performance or non-performance of certain international obligations”¹³. Sin embargo, la Corte aclara que no es suficiente con que ambas partes tengan opiniones encontradas sobre la aplicabilidad o no de la Convención (apdo. 19), sino que “(i)t must ascertain whether the acts complained of by (Applicant) are *prima facie* capable of falling within the provisions of that instrument and whether, as a consequence, the dispute is one which the Court has jurisdiction *ratione materiae*”¹⁴. Por ello, la Corte no entra a valorar, como sí hace Israel, si existe o no un “*genocide intent*”, así como tampoco la existencia o no de un derecho a la defensa propia (apdo. 24), ya que, como la Corte señala, la intención genocida debe analizarse en el fondo del asunto, mientras que a la hora de imponer medidas provisionales, el momento actual, “the Court’s task is to establish whether the acts and omissions complained of by the applicant appear to be capable of falling within the provisions of the Genocide Convention” (apdo. 30).

12 CIJ, *The Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. U.K.)*, Judgment, 1924 PCIJ (ser. B) No. 3, 30 August 1924, para. 19.

13 CIJ, *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)*, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 2016 (I), 17 March 2016, para. 50, citando a la CIJ, *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1950, 30 March 1950, p. 74.

14 CIJ, *Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France)*, Provisional Measures, Order, ICJ Reports 2016 (II), 7 December 2016, para. 47.

Por lo que, para determinar una disputa bastan elementos objetivos fácticos, indicios, que muestren un desacuerdo entre las partes, sin ser necesario probar que dichos actos u omisiones están siendo cometidos, “(t)he existence of a dispute is a matter for objective determination by the Court; it is a matter of substance, and not a question of form or procedure” (apdo. 25). Las partes, de acuerdo con la Corte, muestran un claro enfrentamiento tanto a nivel internacional como a través del intercambio de notas, pero también a partir de los escritos ante la Corte, por ejemplo, destaca la calificación por Israel de la acusación por genocidio por parte de Sudáfrica: “morally repugnant” (apdos. 21 y 27). Por consiguiente, la CIJ no tiene dudas al respecto, existen “clearly opposite views” respecto a la interpretación, aplicación y cumplimiento de la Convención (apdo. 28).

Por tanto, los requisitos del Art. IX de la Convención se cumplen, la Corte tiene jurisdicción *prima facie* para adoptar medidas preventivas a petición de un Estado parte, pero, como señala la Corte, esto no precluye a que sea así cuando examine el fondo del asunto (apdo. 15). Sin embargo, hay que señalar que, hasta la fecha, prácticamente en la totalidad de las ocasiones en las que la CIJ se ha declarado competente para establecer medidas provisionales lo ha sido también para resolver el fondo del asunto¹⁵.

Sin embargo, algunos jueces entendieron que la Corte no poseía jurisdicción *prima facie*, destacando en este aspecto la argumentación del juez *ad hoc* Barak y de la jueza Sebutinde. En el primer caso, el juez Barak entiende que la solución al conflicto en la región pasa exclusivamente por “political negotiations and not judicial recourse” (apdos. 15-16), obviando el papel de árbitro internacional de la Corte. Además, señala que la Corte está actuando de manera partidista (apdos. 17-18), ya que, desde su punto de vista, no atiende a los ataques previos de Hamás (apdos. 19-21). Esta posición resulta contradictoria, ya que sobreentiende que Israel no está incumpliendo sus obligaciones convencionales debido a su derecho a la legítima defensa provocado por el “shock and trauma of the attack of 7 October” (apdos. 22-24). Asimismo, él mismo no atiende a que la situación de Palestina es consecuencia de la política de ocupación y discriminación de Israel sobre dicho territorio –como se estudiará–. Finalmente, entiende que la Corte no tiene jurisdicción para conocer el caso, pero sí Israel (apdo. 28), ya que el presente caso debe estudiarse, a su entender, bajo la lupa del Derecho Internacional Humanitario (DIH), el cual es “the appropriate legal framework for analysing the situation in Gaza” (apdo. 26), a pesar de que, al ser normalmente el Estado el responsable de dichas violaciones del DIH, tienden a ser tribunales internacionales los encargados de estudiar dichas violaciones¹⁶.

En el segundo caso, la jueza Sebutinde considera que la disputa entre Israel y Palestina no es una disputa de carácter jurídico que pueda ser resuelto por la Corte, entendiendo asimismo

15 Véase, por ejemplo: CIJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*. / CIJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*.

16 Véase: COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (CICR), Norma 149, Responsabilidad por las violaciones del derecho internacional humanitario, *CICR-Base de datos de DIH*. <https://ihl-databases.icrc.org/es/customary-ihl/v1/rule149> / TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA (TPIY), *Prosecutor v. Anto Furundzija*, Judgement, Case No. IT-95-17/1-T, 10 de December 1988. / TPIY, *Prosecutor v. Dusko Tadic aka “Dule”*, Judgement, Case No. IT-94-1-T 7, 7 May 1997.

que al imponer medidas provisionales la Corte ya determina su capacidad para estudiar el fondo del asunto. Además, considera que la Corte no está respetando el derecho a la legítima defensa de Israel, ya que, a su entender, esta ya ha determinado también que este Estado ha violado la Convención (apdos. 1-2). Posteriormente, sopesa que la Corte no tiene capacidad para conocer de este caso, en base a que “the controversy or dispute between the State of Israel and the people of Palestine is essentially and historically a political or territorial (and, I dare say, ideological) one” (apdo. 4). Esta afirmación trata de arrebatar la capacidad de moderador y juez de la Corte, prevista en el art. 36 del Estatuto, ya que las controversias internacionales siempre hunden sus raíces en cuestiones históricas, políticas, territoriales o/e ideológicas, especialmente cuando se tratan, como es en este caso, de cuestiones de uso de la legítima defensa y de la posible comisión de un crimen internacional como es el genocidio, es decir, cuestiones de Derecho Internacional Público (DIP). Jueza Sebutinde olvida que este procedimiento no busca dar solución a la ‘Cuestión de Palestina’ –la cual sí es una cuestión de derecho a la libre determinación de los pueblos, y por consiguiente cuestión histórica, política, territorial o/e ideológica, pero también de DIP¹⁷–, sino que pretende proteger los derechos de los civiles palestinos, lo cual debe quedar fuera de cualquier tipo de cuestión.

Finalmente, la Corte entra a examinar la capacidad de Sudáfrica a la hora de presentar una petición contra un tercer Estado, Israel, por actos cometidos por este en territorio ajeno, Franja de Gaza, a pesar de que Israel no discute esta capacidad. A este respecto, Sudáfrica defiende su *legal standing* en base a que “mindful of the *jus cogens* character of the prohibition of genocide and the *erga omnes* and *erga omnes partes* character of the obligations owed by States under the Genocide Convention”. Por ello, como Estado parte de la Convención, considera que es su obligación “to ensure the urgent and fullest possible protection for Palestinians in Gaza who remain at serious and immediate risk of continuing and further acts of genocide”.¹⁸

En este punto debe destacarse, por un lado, el carácter *erga omnes* del crimen de genocidio, así como, por otro lado, el carácter *erga omnes partes* de la Convención, el cual es de ámbito más reducido que el de *erga omnes*¹⁹. El carácter *erga omnes* de la obligación de prevenir y sancionar el crimen de genocidio se debe a que es una obligación del DIP²⁰, ya que la misma está recogida en la Resolución de la AGNU 96(I) del 11 de diciembre de 1946, en la que se establece que es un crimen que debe ser condenado por “el mundo civilizado”. Por otro lado, la Convención, en su Art. I, otorga a dicha obligación el carácter *erga omnes partes*, ya que

17 AGNU, Comisión *ad hoc* encargada de estudiar la ‘Cuestión de Palestina’, A A/RES/181(II), “Resolución aprobada sobre la base del Informe de la Comisión Ad Hoc encargada de estudiar la Cuestión de Palestina”, 128ª sesión plenaria, 29 de noviembre de 1947.

18 CIJ, *South Africa v. Israel*, Application instituting proceedings and request for the indication of provisional measures, 29 December 2023, para. 5.

19 CARLI, E., “Community Interests Above All: The Ongoing Procedural Effects of Erga Omnes Partes Obligations Before the International Court of Justice”, *EJIL: Talk!*, 29 de diciembre de 2023. <https://www.ejiltalk.org/community-interests-above-all-the-ongoing-procedural-effects-of-erga-omnes-partes-obligations-before-the-international-court-of-justice/>

20 INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, *Fifth Commission. Obligations and rights erga omnes in international law*, Resolution, Krakow Session – 2005. https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/2005_kra_01_en.pdf / Véase: CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Judgment, ICJ Reports 1970, 5 February 1970, para. 34.

este tipo de obligaciones están basadas en tratados o convenciones internacionales. Además, la Convención es de carácter universal, debido a que recoge la prohibición y sanción de genocidio, promoviendo la cooperación para “liberate mankind from such an odious scourge”²¹, y sus obligaciones “are recognized by civilized nations as binding on States”²².

En el caso de *The Gambia v. Myanmar* se estableció que, a fin de poder observar el *legal standing* de un Estado parte de la Convención, en primer lugar, la Corte debe tener jurisdicción sobre la disputa en cuestión en atención a los tratados, y, en segundo lugar, la violación debe ser de carácter *erga omnes partes*, ya que son obligaciones que conciernen a los Estados parte²³. La Convención impone la obligación de prevenir y sancionar el genocidio, “irrespective of the nature of the conflict forming the background to such acts, the obligations of prevention and punishment which are incumbent upon the States parties to the Convention remain identical”²⁴. Por lo que, como en el caso de *The Gambia v. Myanmar*, Israel y Sudáfrica tienen “common interest” en dar cumplimiento a dichas obligaciones²⁵, es decir, a las obligaciones *erga omnes partes* de la Convención.

Por lo que, la obligación *erga omnes partes* de la Convención permite que cualquier Estado parte pueda invocar las obligaciones de la misma, aún sin ser parte afectada por los actos del posible Estado responsable²⁶. Por ello, la Corte concluye que, en base al DIP y a su propia jurisprudencia, siendo tanto Israel como Sudáfrica Estados parte de la Convención, en ambos recae la obligación *erga omnes partes* de evitar la comisión de un genocidio o actos del Art. III de la Convención²⁷, así como de castigarlo, ya que cada “State party, without distinction, is entitled to invoke the responsibility of another State party for an alleged breach of its obligations *erga omnes partes*” (apdo. 33). Esto significa que Sudáfrica tiene *legal standing* en este procedimiento aún sin ser el Estado “specially affected” por las violaciones de Israel en Palestina, pero sí siendo “non-specially affected” por dichas posibles violaciones como Estado parte de la Convención²⁸, pudiendo así dar cumplimiento a su obligación de asegurar que los actos de genocidio no queden impunes.

21 Véase: CIJ, *South Africa v. Israel*, Application for permission to intervene by the Government of Republic of Nicaragua in the case concerning *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*, 23 January 2024.

22 CIJ, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1951, p. 23.

23 HACHEM, A., HATHAWAY, O.A., y COLE, J., “A New Tool for Enforcing Human Rights: *Erga Omnes Partes* Standing”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 62, n° 2, 2024, pp. 287-288.

24 CIJ, *Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia*, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 1996, 11 July 1996, p. 595.

25 CIJ, *The Gambia v. Myanmar*, Provisional Measures, Order, ICJ Reports 2020, 23 January 2020, para. 41.

26 CARLI, E., *op.cit.*, nota 19. / Véase: CIJ, *The Gambia v. Myanmar*, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 2022, 22 July 2022.

27 Véase, por ejemplo: CIJ, *Bosnia-Herzegovina v. Yugoslavia*, Judgment, ICJ Reports 1996, 11 July 1996, para. 31. / CIJ, *The Gambia v. Myanmar*, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 2022 (II), 22 July 2022, paras. 107-108 y 112.

28 HACHEM, A., y HATHAWAY, O.A., *op. cit.*, nota 8. / HACHEM, A., HATHAWAY, O.A., y COLE, J., *op. cit.*, nota 23.

3. Requisitos para la adopción de medidas provisionales por parte de la CIJ

La Corte debe atender a una serie de requisitos a fin de poder adoptar medidas provisionales, determinando si estas son necesarias y útiles para la protección de los derechos afectados por las acciones o inacciones de otro Estado, tal y como establece el art.41(1) del Estatuto de la CIJ:

“La Corte tendrá facultad para indicar, si considera que las circunstancias así lo exigen, las medidas provisionales que deban tomarse para resguardar los derechos de cada una de las partes.”

La Corte, como a lo largo de todo su razonamiento, se basa en su propia jurisprudencia, siendo los requisitos que exige los establecidos en casos anteriores, tanto para casos de posibles actos de genocidio como de otros crímenes²⁹. El objetivo de las medidas es la “preservation of the respective rights claimed by the parties in a case” (apdo. 35), por ello, en primer lugar, la Corte debe determinar si esos derechos son plausibles o no. En caso de que los sean, la Corte debe observar que las medidas solicitadas sirven para proteger dichos derechos, ya que “a link must exist between the rights whose protection is sought and the provisional measures” (apdo. 36). Finalmente, es preciso que la adopción de estas medidas sea de carácter urgente, es decir, que haya un claro riesgo de daño irreparable contra los derechos cuya protección se haya solicitado (apdos. 60-61).

A. PLAUSIBILIDAD Y BÚSQUEDA DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS PALESTINOS

Sudáfrica aclara que su objetivo es proteger los derechos de los palestinos en Gaza, así como cumplir con sus obligaciones establecidas por la Convención (apdo. 37). Este Estado considera que es evidente la existencia de una intencionalidad genocida por parte de Israel, debido a que “shows incontrovertibly a pattern of conduct and related intention that justifies a plausible claim of genocidal acts”. Ante la justificación de Israel sobre su actuación en la Franja de Gaza de que su objetivo es “destroy Hamas”, Sudáfrica asevera que ello “does not preclude genocidal intent by Israel towards the whole or part of the Palestinian people in Gaza” (apdo. 38). Israel, por otro lado, entiende que la Corte debe considerar a los hechos en el contexto (apdo. 39), teniendo en cuenta su derecho a la legítima defensa, y solo así podrá la Corte, a su entender, satisfacer los derechos de ambas partes, por ello justifica la muerte de miles de civiles palestinos como “an unintended consequence of lawful use of force against military objects, and do not constitute genocidal acts” (apdo. 40).

El primer razonamiento que hace la Corte es sobre la determinación de si los palestinos de Gaza son un grupo protegido, a este respecto hay que recordar que la Corte ya reconoció el derecho a la libre determinación de los palestinos en base a la Resolución de la AGNU

29 CIJ, *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates)*, Provisional Measures, Order, ICJ Reports 2018 (II), 23 July 2018, para. 43. / CIJ, *The Gambia v. Myanmar*, Provisional Measures, Order, ICJ Reports 2020, 23 January 2020, para. 43. / CIJ, *Ukraine v. Russian Federation*, Provisional Measures, Order, ICJ Reports 2022, 16 March 2022, paras. 50-51.

2625(XXV) de 24 de octubre de 1970³⁰. Sin embargo, la protección que persigue Sudáfrica solo incluye a los palestinos en la Franja de Gaza. La Corte sortea esta cuestión apelando al hecho de que los palestinos de la Franja de Gaza constituyen “a substantial part of the protected group” y, por consiguiente, sus derechos están protegidos como grupo, aunque los actos israelíes no afecten al conjunto de los palestinos *strictu sensu* (apdos. 44-45). Además, en el caso *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, la Corte ya estableció que, si el objetivo de la Convención es evitar la destrucción de un grupo, “the part targeted must be significant enough to have an impact on the group as a whole”³¹.

Respecto a la operación militar israelí, e indirectamente al derecho de legítima defensa que este esgrime, la Corte atiende a los hechos en su contexto, tal y como Israel le exige, “consider the claims of fact in the relevant context” (apdos. 39-40). La Corte no solo tiene en cuenta las declaraciones de Israel y Sudáfrica, también las de organismos y expertos internacionales, las cuales se pueden resumir en que la Franja de Gaza se ha convertido en una zona inhabitable, de muerte y destrucción, en la cual los palestinos viven en condiciones infrahumanas a causa de los ataques israelíes (apdos. 46-50). A estos informes, la Corte añade declaraciones realizadas por altos miembros del gobierno y del ejército israelíes, las cuales apuntan al conocimiento de los ataques contra civiles palestinos, así como la justificación de los mismos (apdos. 51-53). En consecuencia, la Corte ve plenamente plausible que los derechos de los palestinos sean protegidos (apdo. 54).

B. VÍNCULO

La Corte pasa a resolver la existencia de un vínculo entre los derechos a proteger y las medidas solicitadas por Sudáfrica. El objeto de este vínculo es que las medidas que la Corte imponga sean útiles para la finalidad que se persigue, es decir, proteger los derechos de los gazatíes que supuestamente están siendo violados por Israel.

Sudáfrica divide las nueve medidas que solicita en dos grupos, estableciendo que: las primeras seis medidas tienen como objetivo asegurar el cumplimiento de Israel de sus obligaciones bajo la Convención; y las tres últimas buscan proteger la integridad del presente procedimiento (apdo. 56). Ante las medidas solicitadas, Israel muestra su oposición, ya que considera que estas “go beyond what is necessary to protect rights on an interim basis” (apdo. 57).

No obstante, la Corte considera que, al observar que ciertos derechos bajo la Convención están en peligro, las medidas provisionales solicitadas por Sudáfrica sí tienen el objeto de proteger estos derechos de los palestinos, aunque deja abierta la posibilidad de que no todas sean finalmente adoptadas³² (apdo. 59).

30 CIJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, ICJ Reports 2004, 9 July 2004, paras. 88 y 155-156. / AGNU, A/RES/2625(XXV), “Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas” (A/8082), 24 de octubre de 1970.

31 CIJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, Judgment, ICJ Reports 2007 (I), 26 February 2007, para. 198.

32 Véase, por ejemplo: CIJ, *The Gambia v. Myanmar*, Provisional Measures, Order, ICJ Reports 2020, 23 January 2020, para. 77.

C. RIESGO DE DAÑO IRREPARABLE Y URGENCIA

La Corte define ambos conceptos acudiendo a la jurisprudencia³³ antes de entrar al caso que nos ocupa:

Daño irreparable: “could be caused to rights which are the subject of judicial proceedings or when the alleged disregard of such rights may entail irreparable consequences” (apdo. 60).

Urgencia: “real and imminent risk that irreparable prejudice will be caused to the rights claimed before the Court gives its final decision”. Los actos que causan este perjuicio irreparable pueden ocurrir en cualquier momento (apdo. 61).

Además, la Corte viene a señalar y clarificar que “the purposes of its decision on the request for the indication of provisional measures, to establish the existence of breaches of obligations under the Genocide Convention, but to determine whether the circumstances require the indication of provisional measures for the protection of rights under that instrument” (apdo. 62). Por lo que la decisión sobre las medidas cautelares que adopte la Corte no será el preámbulo de la decisión que adopte cuando estudie el fondo del asunto, lo cual sería, igualmente, contradictorio debido a que podría considerar que carece de jurisdicción para tratar el fondo del asunto.

Ambas partes se oponen a las explicaciones de la otra. Por una parte, Sudáfrica observa un alto *riesgo de daños irreparables* contra “human life or other fundamental rights”, por ello exige también *urgencia* en tomar medidas y así evitar que los daños sean irreversibles y que se destruyan pruebas para cuando se estudie el fondo del asunto (apdo. 63). Por otra parte, Israel considera que ya ha tomado por sí mismo las medidas necesarias para asegurar los derechos de los gazatíes, por lo que entiende que dicho riesgo no existe, debido también a que, a su entender, “the scope and intensity of the hostilities was decreasing” (apdo. 64).

En este punto, la Corte se hace eco de la Resolución de la AGNU 96(I) de 11 de diciembre de 1946 sobre el genocidio, así como de su visión sobre la Convención, la cual “was manifestly adopted for a purely humanitarian and civilizing purpose”³⁴ (apdo. 65). Por lo que, en atención a los valores de la Convención, la Corte entiende que la vulneración de los derechos a proteger –derecho de los palestinos a ser protegidos de actos de genocidio y Art III de la Convención y el derecho de Sudáfrica a que Israel cumpla con las obligaciones de la Convención– supondría un daño irreparable (apdo. 66).

Por ello, a pesar de que la Corte alaba y alienta las actuaciones de Israel para aliviar las condiciones de vida de la población gazatí en el conflicto (apdo. 73), observa que estas medidas no son suficientes de acuerdo con informes de expertos internacionales (apdos. 67-69), y considera que la población en la Franja de Gaza sí se encuentra en una situación “extremely vulnerable” (apdo. 70) y que esta “catastrophic humanitarian situation in the Gaza Strip is at serious risk of deteriorating further before the Court renders its final judgment” (apart 72). Por

33 CIJ, *Ukraine v. Russian Federation*, Provisional Measures, Order, ICJ Reports 2022, 16 March 2022, párrs. 65-66.

34 CIJ, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1951, 28 May 1951, p. 12.

ello, la CIJ concluye que sí existe una urgencia, urgencia de establecer medidas provisionales que mitiguen el sufrimiento de la población, ya que existe un “real and imminent risk that irreparable prejudice will be caused to the rights claimed” (apdo. 74).

4. Medidas provisionales adoptadas por la Corte el 26 de enero de 2024: ¿por qué la Corte no impuso un alto el fuego?

La Corte, considerando que tiene jurisdicción y que se dan las condiciones para poder adoptar medidas preventivas a fin de proteger los derechos de los civiles palestinos en Gaza bajo la Convención, adoptó un total de seis medidas. Sin embargo, impone medidas no idénticas a las solicitadas por Sudáfrica, aunque muy similares en gran parte (apdo. 77), señalando su carácter vinculante y las obligaciones legales derivadas de las mismas (apdo. 83)³⁵, volviendo a afirmar que la adopción de las medidas no prejuzga el fondo del asunto (apdo. 84).

- (1) Israel debe tomar medidas para evitar la comisión de actos del Art. II de la Convención;
- (2) Israel debe asegurarse de que sus fuerzas armadas no cometan actos del Art. II de la Convención;
- (3) Israel debe evitar y castigar la incitación directa y pública a cometer genocidio contra los palestinos en la Franja de Gaza;
- (4) Israel debe asegurar el acceso a servicios básicos y a la asistencia humanitaria a los palestinos en la Franja de Gaza;
- (5) Israel debe evitar la destrucción y preservar evidencias relacionadas con las alegaciones de actos del Art. II y Art. III de la Convención;
- (6) Israel debe presentar un informe sobre las medidas adoptadas en un mes.

La adopción de estas seis medidas se ha caracterizado por su celeridad, ya que fueron dictadas en menos de un mes desde su solicitud. Las medidas parecen sentar un precedente en la CIJ, debido a que dan a entender que esta sí observa la plausibilidad de que Israel esté cometiendo actos constitutivos de genocidio. No obstante, la CIJ también fue muy recatada, ya que mencionó en numerosas ocasiones que la adopción de estas medidas no significaba que dichas violaciones hubiesen tenido lugar, pero, además, no adoptó la medida sí solicitada por Sudáfrica que habría podido poner fin a la catastrófica situación en la Franja de Gaza y por ende al sufrimiento de la población gazatí: un alto el fuego.

Esta ‘medida ausente’ era considerada como “the only way to begin to meet the desperate needs of people in Gaza and end their ongoing nightmare”³⁶, ya que, de acuerdo con Sudáfrica,

35 Art. 41 del Estatuto de la Corte.

36 OFFICE FOR THE COORDINATION OF HUMANITARIAN AFFAIRS (OCHA), “Remarks to the media by the Secretary-General”, *OCHA*, 22 de diciembre de 2023. <https://www.ochaopt.org/content/remarks-media-secretary-general>

“(n)othing will stop this suffering, except an order from this Court”³⁷, siendo la petición de alto el fuego, además, una constante a lo largo y ancho del mundo. El juez Bhandari solicitó en su declaración que “all participants in the conflict must ensure that all fighting and hostilities come to an immediate halt and that remaining hostages captured on 7 October 2023 are unconditionally released forthwith”³⁸. Sin embargo, esta omisión llegó a ser entendida por otro juez, el juez *ad-hoc* Barak, como un reconocimiento por parte de la Corte de que Israel sí tiene derecho al uso de la legítima defensa en el presente caso. Hasta la fecha, solo ha sido posible establecer un alto el fuego en la Franja de Gaza a nivel internacional –más la Orden del 24 de mayo del 2024, aunque limitado a la ciudad de Rafah–, mediante la Resolución 2728(2024) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (CSNU) del 25 de marzo de 2024 –con la abstención de EEUU, y tras un primer fracaso a razón del veto de Rusia y China³⁹–, aunque este alto el fuego se limitó exclusivamente a la celebración del Ramadán, del día 10 de marzo al 9 de abril⁴⁰, sin que fuese cumplido por Israel, el cual no fue sancionado por ello. La CSNU no ha sido capaz de imponer un nuevo alto el fuego desde entonces.

El caso más reciente en el que la Corte sí adoptó como medida cautelar la suspensión de las operaciones militares ante un supuesto caso de genocidio es el caso de *Ukraine v. Russian Federation*, asentándose Sudáfrica en el mismo para justificar la solicitud de dicha medida. En ese caso, la Corte entendió que “it is doubtful that the Convention, in light of its object and purpose, authorizes a Contracting Party’s unilateral use of force in the territory of another State for the purpose of preventing or punishing an alleged genocide”. Por lo que la Corte determinó que Ucrania tiene “a plausible right not to be subjected to military operations by the Russian Federation for the purpose of preventing and punishing an alleged genocide in the territory of Ukraine”, exigiendo a Rusia que detuviera su “operación militar especial” sobre territorio ucraniano bajo el ejercicio de la legítima defensa, aceptando “Ukraine’s novel legal theory”⁴¹ de que las alegaciones rusas contra Ucrania de genocidio eran falsas, pero sin entrar a valorar si existía o no un incumplimiento de la Convención. Por lo que, en atención a la Corte, el art. 51 de la Carta –derecho a la legítima defensa-⁴² puede ser limitado por el art. 41(1) del Estatuto de la Corte en atención a las circunstancias a fin de resguardar los derechos de cada una de las partes.⁴³

En el presente caso, es un tercer Estado, Sudáfrica, el que alega dicho posible genocidio contra la población palestina por parte de Israel, es decir, el Estado que está llevando a cabo las

37 CIJ, *South Africa v. Israel*, Verbatim Record in the case concerning, CR 2024/1, 11 January 2024, para. 39.

38 CIJ, *South Africa v. Israel*, Provisional Measures, Order, 26 January 2024, Declaration of Judge Bhandari, apdo. 11. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240126-ord-01-03-en.pdf>

39 ONU, “Security Council Fails to Adopt Resolution on Imperative of Immediate, Sustained Ceasefire in Gaza, Owing to Vetoes Cast by China, Russian Federation”, SC/15637, *UN Press*, 22 de marzo de 2024. <https://press.un.org/en/2024/sc15637.doc.htm>

40 CSNU, S/RES/2728 (2024), “La situación en Oriente Medio, incluida la cuestión palestina”, 25 de marzo de 2024.

41 AHMAD HAQUE, A., “How the International Court of Justice Should Stop the War in Gaza”, *Just Security*, 15 de enero de 2024. <https://www.justsecurity.org/91238/how-the-international-court-of-justice-should-stop-the-war-in-gaza/>

42 “Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa.”

43 Véase: CIJ, *Ukraine v. Russian Federation*, Provisional Measures, Order, ICJ Reports 2022, 16 March 2022.

acciones militares es el mismo que está perpetrando posiblemente un genocidio, imponiendo condiciones de vida calculadas para destruir físicamente a la población palestina. El genocidio no es la causa de que se haya desencadenado bajo un supuesto derecho a la legítima defensa la operación militar israelí sobre Gaza, sino la consecuencia de dicha operación militar, mediante acciones como el asesinato indiscriminado de civiles, la hambruna, el cerco sobre ciudades palestinas, el desplazamiento forzoso o la destrucción de infraestructuras civiles básicas como hospitales. Por ello, Sudáfrica entiende que “(i)f any military operation, no matter how carefully it is carried out, is carried out pursuant to an intention to destroy a ‘people’, in whole or in part, it violates the Genocide Convention and it must stop. That is why all military operations capable of violating the Genocide Convention must cease”. Por lo que, a primera vista, parece más lógico que la Corte hubiese dictado un alto el fuego en el caso que nos ocupa, ya que, como sostiene Sudáfrica, la suspensión de las operaciones militares “is the only way to secure the humanitarian response and avoid yet more unnecessary death and destruction”.⁴⁴

En cambio, Israel alega que, tras haber sido atacado por Hamás, tiene derecho a la legítima defensa, al contrario que en el caso de Ucrania, invadida por Rusia en base al derecho a la legítima defensa por un posible genocidio. Por lo que, Israel considera que el “case was fundamentally different” y se fundamenta en el caso *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, en el cual la Corte no ordenó suspender las operaciones militares a Serbia y Montenegro, quienes alegaban estar en ejercicio de su derecho a la legítima defensa, a pesar de considerar que existía un grave riesgo de que se cometiesen actos de genocidio⁴⁵. Además, otro argumento esgrimido por Israel es que “bears the responsibility to protect its citizens” y “claims that its right to self-defence is critical to any evaluation of the present situation”. Por ello, exige a la Corte que esta “must preserve the respective rights of both parties”⁴⁶, lo cual no haría la Corte si esta impusiese un alto el fuego.

En la Orden del 26 de enero de 2024, la CIJ no estableció explícitamente que las operaciones militares de Israel fuesen detenidas. A lo largo de la argumentación de esta Orden, la Corte parece sortear la compleja cuestión de la legalidad o no del conflicto, debido a que la Franja de Gaza es una zona de guerra desde la misma partición de Palestina en 1948, aunque menciona en numerosas ocasiones el conflicto palestino-israelí. Además, la Corte no discute tampoco si Israel tiene derecho a la legítima defensa –se discutirá en el presente estudio–, y se centra en exclusiva en los actos militares de Israel desatados tras los ataques de Hamás del 7 de octubre de 2023, a pesar de que este supuesto derecho no ha impedido a la Corte imponer un alto el fuego, como en el caso de *Ukraine v. Russian Federation*. En el caso *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* de 9 de julio de 2004, la

44 CIJ, *South Africa v. Israel*, Verbatim Record in the case concerning, CR 2024/1, 11 January 2024, paras. 20 y 22.

45 CIJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, Order, ICJ Reports 1993, 13 September 1993, para. 49: “Yugoslavia and Bosnia-Herzegovina, whether or not any such acts in the past may be legally imputable to them, are under a clear obligation to do all in their power to prevent the commission of any such acts in the future.”

46 CIJ, *South Africa v. Israel*, Verbatim Record in the case concerning, CR2024/2, 12 January 2024, para. 18, haciendo referencia a CIJ, *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Provisional Measures, Order of 3 March 1999, I.C.J. Reports 1999 (I), para. 27.

Corte negó a Israel dicho derecho, incluso si el temor proviniese de grupos terroristas como Hamás⁴⁷.

La Corte en el caso de *Ukraine v. Russia Federation* sí dictó detener las operaciones militares rusas no porque estas estuviesen provocando un genocidio, sino porque la Convención no permite todos los medios para prevenir un genocidio, “every State may only act within the limits permitted by international law”⁴⁸, y la invasión y ocupación no son aceptados en el DIP. Esto sugiere que, atendiendo al caso presente, siendo los ataques de Hamás fehacientes, es decir, que se dieron en la realidad, y sin olvidar que el enfrentamiento entre este grupo e Israel es continuado, debido a la ocupación israelí sobre Palestina, no debe tomarse el presente caso como un nuevo conflicto, sino como una continuación del mismo. Este aspecto es señalado por el juez *ad hoc* Barak, contrario a la Orden porque considera que Israel no es capaz de cometer un genocidio: “(t)he Genocide Convention seeks to prevent and punish the physical destruction of a group as such. It is not meant to ban armed conflict altogether”⁴⁹. Por lo que, las acciones militares de la ‘Operación Espadas de Hierro’ entran también dentro de la dinámica del conflicto –lo cual hace dudar del derecho a la legítima defensa que alega poseer Israel–, pero, tratándose de una nueva fase, desencadenada en un momento determinado, se puede observar que estas acciones sirven a otra causa más allá de defenderse de Hamás y de controlar el territorio y a la población. Esto significa que la Corte en realidad sí está solicitando la detención de estas acciones en concreto, debido a su especificidad dentro del conflicto, pues estas sí podrían implicar actos de los Arts. II y III de la Convención. Por tanto, puede que la Corte esté aceptando la tesis de Sudáfrica, es decir, que Israel esté cometiendo un genocidio y, por esta razón, la Corte no debe imponer medidas que restrinjan el conflicto en sí, ya que la ‘Operación Espadas de Hierro’ es una nueva fase del mismo.

Esta interpretación se justifica por la declaración de la Corte sobre la Convención, la cual “was manifestly adopted for a purely humanitarian and civilizing purpose”, ya que “its object on the one hand is to safeguard the very existence of certain human groups and on the other to confirm and endorse the most elementary principles of morality”⁵⁰. En resumen, la Corte no resuelve la cuestión de la legalidad del conflicto ni del derecho a la legítima defensa de Israel, sino que se enfoca exclusivamente en las acciones militares israelíes tras los ataques de Hamás del 7 de octubre de 2023. Por ello, no ordena suspender el conflicto en su totalidad, pero sí las acciones de la ‘Operación Espadas de Hierro’ –especialmente la operación en Rafah, según la Orden del 24 de mayo de 2024–, al observar que “there is a real and imminent risk that irreparable prejudice will be caused to the rights found by the Court to be plausible”⁵¹, es decir, un genocidio. No obstante, debido a la falta de precisión y claridad en sus medidas, la Corte

47 CIJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 9 July 2004, para. 139.

48 CIJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, Judgment, ICJ Reports 2007 (I), para. 430.

49 CIJ, *South Africa v. Israel*, Provisional Measures, Order, 26 January 2024, Separate Opinion of Judge *ad hoc* Barak, para. 41.

50 CIJ, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1951, 28 May 1951, p. 12.

51 CIJ, *South Africa v. Israel*, Provisional Measures, Order, 26 January 2024, paras. 62-74.

ha dejado espacio a la interpretación, lo que permite que Israel continúe con operaciones militares similares, resultando en más muertes de civiles palestinas y en una mayor destrucción.

5. Órdenes posteriores de la Corte

A. ORDEN DEL 28 DE MARZO DE 2024⁵²

El 12 de febrero de 2024, Sudáfrica solicitó que la Corte examinase de oficio “the developing circumstances in Rafah”⁵³, ante lo cual la Corte únicamente se remitió a las medidas provisionales ya impuestas el 26 de enero de 2024, al considerar que estas eran suficientes, aunque sí solicitó que fuesen inmediata y efectivamente implementadas ante “(t)his perilous situation” (apdo. 7). Por ello, el 6 de marzo de 2024, Sudáfrica solicitó formalmente a la Corte que esta indicase nuevas medidas provisionales y/o la modificación de las ya establecidas en la Orden del 26 de enero de 2024 en base al art. 76(1) del Reglamento de la Corte⁵⁴. En este caso, Sudáfrica solicitó de nuevo hasta en dos ocasiones a la Corte que impusiese la suspensión de las hostilidades y operaciones militares, debido a la urgente necesidad de servicios básicos y humanitarios a fin de luchar contra la “famine and starvation”⁵⁵ que sufre la población gazatí.

A fin de modificar o añadir medidas provisionales, la Corte, en primer lugar, tiene que determinar si la situación por la que se impusieron las medidas provisionales –la situación descrita en la Orden del 26 de enero de 2024– ha sufrido algún cambio. En segundo lugar, en caso de existir este cambio, si este justifica la modificación de la Orden previa, es decir, si la nueva situación requiere o no la imposición de medidas provisionales en base al art. 41 del Estatuto (apdo. 14), en atención al riesgo de daño irreparable sobre los derechos de los palestinos que Sudáfrica busca proteger⁵⁶.

En el caso actual, la Corte, en atención a declaraciones e informes emitidos por la ONU y agencias de la misma, “observes that Palestinians in Gaza are no longer facing only a risk of famine, as noted in the Order of 26 January 2024, but that famine is setting in” (apdo. 21). Por

52 CIJ, *South Africa v. Israel*, Provisional Measures, Order, 28 March 2024.

53 CIJ, *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.

54 “La Corte, a instancia de parte, podrá revocar o modificar en todo momento antes del fallo definitivo en el asunto, cualquier decisión relativa a medidas provisionales si un cambio en la situación justifica, a su juicio, esa revocación o modificación.”

55 CIJ, *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.

56 Véase, por ejemplo: CIJ, *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua) and Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)*, Requests for the Modification of the Order Indicating Provisional Measures of 8 March 2011, Order, ICJ Reports 2013, 16 July 2013, para. 17. / CIJ, *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Armenia v. Azerbaijan)*, Request for the Modification of the Order Indicating Provisional Measures of 7 December 2021, Order, ICJ Reports 2022 (II), 12 October 2022, para. 12.

lo que la Corte sí percibe un cambio en la situación original (apdo. 22), lo cual supone que “the provisional measures indicated in the Order of 26 January 2024 do not fully address the consequences arising from the changes in the situation” (apdo. 23).

A partir del cambio en la “catastrophic humanitarian situation of Gaza” existente a fecha del 26 de enero de 2024, destacando los “unprecedented levels of food insecurity experienced by Palestinians in the Gaza Strip over recent weeks, as well as the increasing risks of epidemics” (apdo. 31), la Corte entiende que se precisan facilidades en el acceso por medios terrestres de ayuda humanitaria y elementos básicos para asegurar “the effective and efficient delivery”. Finalmente, toma nota de las declaraciones de representantes de la ONU y de organizaciones humanitarias que consideran que “the catastrophic humanitarian situation can only be addressed if the military operations in the Gaza Strip are suspended” (apdo. 36).

La Corte termina concluyendo que la situación actual permite la adopción de nuevas medidas provisionales y/o la modificación de las ya establecidas, debido a que el daño irreparable sobre los derechos de los palestinos protegidos bajo la Convención puede producirse antes de que la Corte se manifieste sobre el fondo del asunto (apdo. 40). Por lo que la Corte observa que propiciar y/o contribuir a mantener una situación de hambruna e inanición constituye un medio que conllevaría a la muerte de la población en sí, es decir, podría constituir un acto de genocidio. En consecuencia, la Corte hace un nuevo llamamiento a la implementación de forma inmediata y efectiva de las medidas ya indicadas en la Orden del 26 de enero de 2024, debiendo ser aplicadas en la Franja de Gaza, incluyendo también en la ciudad de Rafah (apdo. 46), así mismo solicita de nuevo la liberación de todos los rehenes en manos de Hamás (apdo. 50). Las medidas adoptadas son:

- (1) Reafirmar las medidas provisionales de la Orden del 26 de enero de 2024;
- (2) Nuevas medidas provisionales, en base a las obligaciones de Israel bajo la Convención:
 - (a) Israel debe adoptar medidas efectivas para asegurar el suministro de servicios básicos y asistencia humanitaria urgentes, en colaboración con la ONU, sin trabas, incluyendo ampliar la capacidad y el número de cruces terrestres;
 - (b) así mismo debe asegurar que el ejército no cometa actos contrarios a los derechos de los palestinos bajo la Convención, “including by preventing, through any action, the delivery of urgently needed humanitarian assistance”;
 - (c) Israel debe presentar un informe en un mes.

Por lo que se observa que la Corte vuelve a considerar prescindible imponer explícitamente un alto el fuego, es decir, la detención de todas las actividades militares por parte de Israel y del resto de fuerzas combatientes como solicita Sudáfrica, a pesar incluso de que la ONU y las organizaciones de ayuda humanitaria observan que esta es la única forma de detener el sufrimiento de la población gazatí. Esta actitud de la Corte es en cierta medida contradictoria al objetivo de las medidas, ya que la falta de servicios básicos y humanitarios, así como la consecuente hambruna e inanición, son consecuencias de la operación militar en sí, al ser des-

truidas infraestructuras básicas de abastecimiento, pero también por limitar el acceso y poner en peligro la vida de los cooperantes internacionales.

B. ORDEN DEL 24 DE MAYO DE 2024⁵⁷

El 10 de mayo de 2024, Sudáfrica solicitó nuevas medidas provisionales a la Corte. En primer lugar, solicitó que la Corte impusiese a Israel la detención de la ofensiva militar sobre Rafah; en segundo lugar, que Israel facilitase el acceso de la ONU y organizaciones encargadas de proveer ayuda humanitaria y asistencia a la población; y, por último, que la Corte diese una llamada de atención a Israel respecto a su obligación de respetar y de cumplir con las disposiciones de las órdenes anteriores, debido a su falta de cumplimiento por parte de dicho Estado.

En esta nueva Orden, Sudáfrica observa que la incursión militar de Israel sobre Rafah, donde gran parte de la población gazatí ha sido forzosamente desplazada, podría conllevar daños irreparables sobre los derechos de la población palestina en Gaza. La Corte, en este caso, vuelve a señalar que sí se observan cambios, “(t)he Court notes that the catastrophic humanitarian situation in the Gaza Strip which, as stated in its Order of 26 January 2024, was at serious risk of deteriorating, has deteriorated, and has done so even further since the Court adopted its Order of 28 March 2024”, ya que “the humanitarian situation is now to be characterized as disastrous” (apdo. 28).

Respecto a si la nueva situación puede ocasionar daños irreparables, por un lado, Sudáfrica señala que la urgencia de la situación se debe “to the widespread risk of violent death and injury faced by the displaced Palestinian population, as well as to the increased restrictions on the provision of humanitarian assistance and the deprivation of access to healthcare that will ensue if hospitals in Rafah are rendered inoperable” (apdo. 35). Además, Sudáfrica destaca que “[t]he level of destruction that Israel has caused across Gaza and is now wreaking on Rafah threatens the very survival of future Palestinian generations in Gaza” (apdo. 36), a lo que hay que sumar el desconocimiento del número real de palestinos fallecidos (apdo. 38). Por todo ello, Sudáfrica observa que “the very manner in which Israel is pursuing its military operations in Rafah, as well as elsewhere in Gaza, is itself genocidal” (apdo. 37). Por otro lado, Israel entiende que las medidas establecidas son suficientes para proteger los derechos de los palestinos sin afectar a su supuesto derecho a la legítima defensa, defendiendo la operación en Rafah como la forma de dar protección a los ciudadanos israelíes y facilitar el rescate de los rehenes (apdos. 39-42).

La Corte terminó observando que el riesgo de daños irreparables sobre los derechos de los palestinos sí existe, así como urgencia, atendiendo al número de palestinos –800.000 a fecha de 18 de mayo de 2024– forzosamente desplazados en Rafah (apdo. 43) y la falta de información sobre la seguridad de los mismos. Además, la Corte señala que “Israel has not sufficiently addressed and dispelled the concerns raised by its military offensive in Rafah”, a pesar de que numerosos informes de la ONU y de otros organismos habían alertado del peligro que supondría la incursión sobre Rafah (apdos. 44-46).

57 CIJ, *South Africa v. Israel*, Provisional Measures, Order, 24 May 2024.

Por ello, en esta Orden la Corte sí vincula directamente la ofensiva sobre Rafah con la posibilidad de “inflict on the Palestinian group in Gaza conditions of life that could bring about its physical destruction in whole or in part” (apdo. 50), es decir, un genocidio. Las medidas establecidas, por tanto, por la Corte –tras volver a exigir la liberación de los rehenes en manos de Hamás– son:

- (1) Reafirmar las medidas provisionales adoptadas en la Orden de 26 de enero de 2024 y en la de 28 de marzo de 2024;
- (2) El Estado de Israel debe, a fin de cumplir con sus obligaciones bajo la Convención:
 - (a) “halt its military offensive” en Rafah;
 - (b) mantener abierto el cruce de suministros de ayuda humanitaria a Rafah; y
 - (c) garantizar el acceso a comisiones de investigación designadas por la ONU a fin de investigar las alegaciones de genocidio;
- (3) Israel debe presentar un informe sobre las medidas adoptadas en un mes.

En este caso, destaca muy especialmente la situación descrita en esta Orden, más dramática que en las anteriores, ya que gran parte de la población gazatí se encuentra en una zona limitada, la cual está sometida a ataques israelíes, sin acceso a servicios y bienes básicos, dando lugar a una situación humanitaria extrema. Por lo que, se observa que existe una posibilidad muy elevada de que gran parte de la población gazatí superviviente de los meses previos de conflicto pueda perder la vida, es decir, que el objetivo del genocidio se convierta en una realidad.

En esta Orden, la Corte, por primera vez, sí señala claramente que existe una causa-efecto entre la ofensiva militar israelí en el contexto de la ‘Operación Espadas de Hierro’ y la destrucción del pueblo palestino en Gaza. Además, la afirmación vertida por la Corte sobre la posible destrucción física de los palestinos en Gaza en el apdo, 50 se asemeja en gran medida a la definición clásica del crimen de genocidio, es decir, “cualquiera de los actos (...) perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo (...)” –Art. II de la Convención y art. 6 del Estatuto de Roma de 1998⁵⁸–. En esta ocasión, no cabe ninguna duda de que la Corte observa claros indicios de *actus reus* –actos de genocidio–, aunque no se pronuncia sobre el *dolus specialis*, ya que esta cuestión corresponde al fondo del asunto, debido a que una vez demostrado este elemento del crimen del genocidio –como se estudiará–, el crimen en sí queda demostrado.

58 Estatuto de Roma, UN Doc. A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998, entrada en vigor el 1 de julio de 2002.

III. EL DERECHO A LA LEGÍTIMA DEFENSA EN LA ‘CUESTIÓN DE PALESTINA’

En el presente caso, Israel alega que la ‘Operación Espadas de Hierro’ contra Hamás⁵⁹ se basa en su derecho a la legítima defensa⁶⁰, de esta forma se manifestó ante la CIJ⁶¹, siendo apoyada esta tesis por varios Estados occidentales⁶². Sin embargo, el CSNU no se ha manifestado aún sobre la legalidad o no del uso del mismo por parte de Israel como establece el art. 51 de la Carta. No obstante, se observa que el supuesto derecho a la legítima defensa que Israel alega poseer tras los ataques de Hamás es dudoso si se atiende al conjunto de las características del presente caso.

Este epígrafe primeramente analizará la conocida como ‘Cuestión de Palestina’, ya que se trata de una situación compleja, cuyo estudio es necesario para poder determinar si Israel tiene derecho o no al ejercicio de la legítima defensa, pero también para observar –en el IV epígrafe– si está cometiendo o no un genocidio contra el pueblo palestino. En segundo lugar, se desarrollará el concepto del derecho a la legítima defensa, así como sus características y elementos que lo conforman. Finalmente, se intentará dar respuesta a la pregunta de si Israel tiene derecho a la legítima defensa o no.

1. La ‘Cuestión de Palestina’⁶³

La ONU dividió la conocida como ‘Palestina histórica’ en dos Estados mediante el ‘Plan de las Naciones Unidas para la Partición de Palestina’⁶⁴, la Resolución 181(II) de 29 de noviembre

59 KOBELINSKY, F., “Espadas de Hierro: las claves del operativo militar que activó el Ejército de Israel tras el ataque de Hamás”, *Infobae*, 7 de octubre de 2023. <https://www.infobae.com/america/mundo/2023/10/07/espadas-de-hierro-las-claves-del-operativo-militar-que-activo-el-ejercito-de-israel-tras-el-ataque-de-Hamás/>

/ PLAZAS, N., “En imágenes: civiles palestinos reciben toda la ira de la operación ‘Espada de hierro’ israelí”, *France24*, 9 de octubre de 2023. <https://www.france24.com/es/medio-orient/20231008-en-im%C3%A1genes-civiles-palestinos-reciben-toda-la-ira-de-la-operaci%C3%B3n-espada-de-hierro-israel%C3%AD>

60 ONU, “War against Hamas in Gaza is act of self-defence, Israel tells world court”, *UN News*, 12 de enero de 2024. <https://news.un.org/en/story/2024/01/1145452>

61 CIJ, *South Africa v. Israel*, Provisional Measures, Order, 26 January 2024, para. 40.

62 PUROHIT, K., “Does Israel have the right to self-defence in Gaza?”, *AlJazeera*, 17 de noviembre 2023. <https://www.aljazeera.com/news/2023/11/17/does-israel-have-the-right-to-self-defence-in-gaza/> / Véase: PARLAMENTO EUROPEO, 2023/2899(RSP), “Resolución sobre los infames atentados terroristas de Hamás en Israel, el derecho de Israel a defenderse de conformidad con el Derecho humanitario e internacional y la situación humanitaria en Gaza”, 19 de octubre de 2023. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0373_ES.html

63 Véase: CIJ, *Legal Consequences arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem*, Advisory Opinion, 19 July 2024.

64 ONU-Comité para el ejercicio de los derechos inalienables del pueblo palestino, *La condición jurídica de Jerusalén*, Naciones Unidas, Nueva York, 1997. <https://unispal.un.org/pdfs/97-24262s.pdf> / FRANCE24, “75 años de la partición de Palestina, un voto en la ONU que ha tenido consecuencias durante décadas”, *France24*, 30 de noviembre de 2022. <https://www.france24.com/es/medio-orient/20221130-75-a%C3%B1os-de-la-partici%C3%B3n-de-palestina-un-voto-en-la-onu-que-ha-tenido-consecuencias-durante-d%C3%A9cadas>

de 1947⁶⁵, en base a la Declaración Balfour de 1917⁶⁶. Este plan fracasó estrepitosamente al intentar que las comunidades árabe y judía de Palestina se pusieran de acuerdo en la partición de dicho Estado⁶⁷, dando inicio así al aún latente conflicto palestino-israelí.

Israel, tras proclamar su independencia el 14 de mayo de 1948, invadió parte del territorio perteneciente a Palestina, desencadenando un conflicto internacional contra los Estados musulmanes de la región. Asimismo, Israel dio inicio a una política de ocupación sobre territorio palestino que continúa hasta nuestros días, incluyendo la ciudad de Jerusalén, la cual debía quedar bajo control de un régimen internacional⁶⁸. En los primeros meses de la ocupación israelí sobre Palestina se produjo uno de los mayores éxodos de la historia, la conocida como *Nakba* –catástrofe–, en la que más de 700.000 palestinos fueron expulsados de sus hogares⁶⁹, creándose en consecuencia la Agencia de Naciones Unidas para los Refugiados de Palestina en Oriente Próximo (UNRWA) mediante Resolución 302(IV) de 8 de diciembre de 1949⁷⁰.

En numerosas ocasiones, el CSNU ha exhortado a Israel a que retire sus fuerzas militares de los territorios palestinos ilegalmente ocupados –Territorios Palestinos Ocupados (TPO)–⁷¹, declarando el carácter ilegal de dichas ocupaciones, así como la ilegalidad de la creación de asentamientos civiles israelíes en dichos territorios⁷². El CSNU, además, ha señalado que la única solución viable al conflicto pasa por el reconocimiento mutuo entre ambos Estados, siempre y cuando se respeten las fronteras establecidas internacionalmente⁷³.

65 AGNU, Comisión *ad hoc* encargada de estudiar la ‘Cuestión de Palestina’, A/RES/181(II), “Resolución aprobada sobre la base del Informe de la Comisión Ad Hoc encargada de estudiar la Cuestión de Palestina”, 128ª sesión plenaria, 29 de noviembre de 1947. / BBC NEWS, “EE.UU. veta el intento palestino de lograr en la ONU reconocimiento como Estado”, *BBC News Mundo*, 18 de abril de 2024. <https://www.bbc.com/mundo/articulos/ce9rvm0ve59o> / ÁLVAREZ J., “EE.UU. veta el ingreso de Palestina en la ONU como miembro de pleno derecho”, *Huffpost*, 19 de marzo de 2024. <https://www.huffingtonpost.es/global/eeuu-veta-ingreso-palestina-onu-miembro-pleno-derecho.html> El último intento de reconocer a Palestina como un Estado de pleno derecho se dio el 18 de abril de 2024, pero EEUU utilizó su derecho al veto en el CSNU.

66 BALFOUR, A., *Declaración de Balfour*, 2 de noviembre de 1917. https://www.un.org/unispal/wp-content/uploads/2017/05/Balfour_declaration_unmarked.jpg.

67 AZCÁRATE, P., *Misión en Palestina: nacimiento del Estado de Israel*, Tecnos, Madrid, 1968, p. 35.

68 AGNU, Comisión *ad hoc* encargada de estudiar la ‘Cuestión de Palestina’, A/RES/181(II), “Resolución aprobada sobre la base del Informe de la Comisión Ad Hoc encargada de estudiar la Cuestión de Palestina”, 128ª sesión plenaria, 29 de noviembre de 1947. / ONU, *The Question of Palestine*. https://www.un.org/unispal/history2/origins-and-evolution-of-the-palestine-problem/part-i-1917-1947/#Origins_and_Evolution_of_the_Palestine_Problem_1917-1947_Part_I

69 UNRWA, “La Nakba de la población palestina continúa tras 76 años”, *UNRWA*, 14 de mayo de 2024. <https://unrwa.es/actualidad/sala-de-prensa/la-nakba-de-la-poblacion-palestina-continua-tras-76-anos/> / CERVERA, F., “¿Qué es la Nakba para los palestinos y por qué portan llaves como símbolo de resistencia?”, *National Geographic*, 16 de mayo de 2024. https://historia.nationalgeographic.com.es/a/que-es-nakba-expulsion-palestinos-durante-fundacion-estado-israel_20344

70 AGNU, A/RES/302(IV), “Ayuda a los refugiados de Palestina”, 8 de diciembre de 1949.

71 CSNU, S/RES/242(1967), 22 de noviembre de 1967.

72 Véase: CSNU, S/RES/465(1980), 1 de marzo de 1980. / CSNU, S/RES/2334(2016), 23 de diciembre de 2016.

73 Véase: CSNU, S/RES/1515(2003), 19 de noviembre de 2003. / CSNU, S/RES/1860(2009), 8 de enero de 2009.

No obstante, la ocupación y expansión de Israel sobre territorio palestino ha continuado, e incluso construyó un muro sobre territorio palestino, el cual tiene como objetivo dividir el mismo, quedando una gran parte de Palestina ocupada y controlada por Israel. La construcción fue declarada ilegal por parte de la CIJ, exigiendo a Israel que pusiese fin a la ilegal ocupación⁷⁴.

A. EL ESTADO DE PALESTINA

Israel fue declarado Estado independiente en 1948, siendo reconocido por la ONU como tal. Sin embargo, Palestina no ha sido reconocida como Estado de pleno derecho por la ONU, es decir, no es miembro de la organización⁷⁵, a pesar de que, el 18 de noviembre de 1988, el Consejo Nacional de Palestina declaró el Estado de Palestina⁷⁶. En la actualidad, Palestina solo ha obtenido el estatus de Estado Observador Permanente, lo cual limita mucho su actuación especialmente en el ámbito internacional⁷⁷.

La Organización para la Liberación de Palestina (OLP) fue declarada “representante del pueblo palestino”⁷⁸ en 1974. Además, al pueblo palestino le fue reconocido el derecho a la libre determinación, así como el “derecho a la independencia y la soberanía nacionales”, mediante la Resolución 3236(XXIX) de 22 de noviembre de 1974⁷⁹, en la cual también se exhorta a Israel a que permita a los palestinos “regresar a sus hogares y sus propiedades, de los que han sido desalojados y desarraigados”. La ONU creó, mediante la Resolución 3376(XXX) de 10 de noviembre de 1975⁸⁰, el Comité para el Ejercicio de los Derechos Inalienables del Pueblo Palestino a fin de proteger los derechos de los palestinos y la vía de los dos Estados.

La Conferencia de Paz de Madrid de 1991 materializó el reconocimiento mutuo entre Israel y la OLP –‘Declaración de Principios sobre las Disposiciones relacionadas con un Gobierno

74 CIJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, ICJ Reports 2004, 9 de julio de 2004, para. 145.

75 AGNU, A/RES/67/19, “Estatuto de Palestina en las Naciones Unidas”, 29 de noviembre de 2012.

76 AGNU, SALH, A., A/43/827, “Carta, de fecha 18 de noviembre de 1988, dirigida al Secretario General por el Representante Permanente de Jordania ante las Naciones Unidas”, 18 de noviembre de 1988. <https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2F43%2F827&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False>

77 ONU, “Palestine’s current status”, *UNNews*, 18 de abril de 2024. <https://news.un.org/en/story/2024/04/1148351#:~:text=Right%20now%2C%20Palestine%20is%20a,and%20its%20six%20main%20committees> / ONU, “Palestina obtiene más derechos en la ONU sin ser aún miembro de pleno derecho”, *Noticias ONU*, 10 de mayo de 2024. <https://news.un.org/en/story/2012/11/427052> / <https://news.un.org/es/story/2024/05/1529676>

78 AGNU, A/RES/3210(XXIX), “Invitación a la Organización de Liberación Palestina”, 14 de octubre de 1974.

79 AGNU, 3236(XXIX), “Cuestión de Palestina”, 22 de noviembre de 1974. / AGNU, A/RES/66/146, “El derecho del pueblo palestino a la libre determinación”, 19 de diciembre de 2011. En base a la A/RES/1514(XV), “Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales”, 14 de diciembre de 1960, bajo los arts. 1(2) y 55 de la Carta de las Naciones Unidas, así como de la A/RES/2625(XXV), “Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”, 24 de octubre de 1970. / AGNU, A/HRC/55, “Derecho del pueblo palestino a la libre determinación”, 21 de marzo de 2024.

80 AGNU, A/RES/3376(XXX), “Cuestión de Palestina”, 10 de noviembre de 1975. / ONU, ST/SG/SER.F/3, “El Derecho del Pueblo Palestino a la Libre Determinación”, Nueva York, 1979.

Autónomo Provisional’ o ‘Acuerdos de Oslo’⁸¹. No obstante, el territorio palestino sigue encuentra dividido en dos: Cisjordania y la Franja de Gaza, debido a las sucesivas ocupaciones militares ilegales de Israel, lo que ha llevado a que los límites sobre el terreno de ambos Estados se hayan visto alterados en numerosas ocasiones⁸², en violación de la Resolución 181(II) de 29 de noviembre de 1947, entre otras.

Las opiniones divergen respecto a si debería considerarse a Palestina un Estado bajo el DIP o solamente para propósitos específicos, es decir, “functional statehood”⁸³. En este sentido debemos atender al hecho de que Palestina puede ser parte en acuerdos internacionales, por lo que estaríamos en aplicación de la conocida como ‘fórmula de Viena’⁸⁴, contrariamente a los criterios de Montevideo u “objective criteria for statehood”. La ‘fórmula de Viena’ permite que, si un tratado refiere que genéricamente está abierto a cualquier Estado, sin especificar qué debe entenderse como tal, supone que cualquier entidad que para fines procesales de participación en un tratado se relaciona como un Estado pueda tomar parte del mismo⁸⁵.

En la actualidad, sin embargo, a falta de un consenso en el seno del CSNU para otorgar a Palestina el status de Estado de pleno derecho, el carácter de Palestina es el de una suerte de cuasi-Estado.⁸⁶

B. OCUPACIÓN ISRAELÍ SOBRE CISJORDANIA Y LA FRANJA DE GAZA

A día de hoy, tanto la Franja de Gaza como Cisjordania son territorios que en gran medida se encuentran ocupados militarmente por Israel⁸⁷, siendo conocidos como TPO⁸⁸. A primera vis-

81 Acuerdos de Oslo de 1993. / Véase: ABU-TARBUSH, J. y BARREÑADA, I., “El espejismo de Oslo: frustración, ocupación y ‘apartheid’”, *Política Exterior*, nº 215, 6 de octubre de 2023. <https://www.politicaexterior.com/articulo/el-espejismo-de-oslo-frustracion-ocupacion-apartheid/>

82 BBC NEWS, “Conflicto israelí-palestino: 6 mapas que muestran cómo ha cambiado el territorio palestino en las últimas décadas”, *BBC News Mundo*, 16 de septiembre de 2020. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-54162476>

83 ULFTEIN, G., “Does Israel have the right to self-defence – and what are the restrictions?”, *EJIL: Talk!*, 8 May 2024. <https://www.ejiltalk.org/does-israel-have-the-right-to-self-defence-and-what-are-the-restrictions/>

84 Art. 81 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo del 1969 en Viena, entra en vigor el 27 de enero del 1980. UN Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 UNTS 331, entrada en vigor el 27 de enero de 1980.

85 VIDMAR, J., “Palestine v United States: Why the ICJ does not need to decide whether Palestine is a State”, *EJIL: Talk!*, 22 de noviembre de 2018. <https://www.ejiltalk.org/palestine-v-united-states-why-the-icj-does-not-need-to-decide-whether-palestine-is-a-state/>

86 ONU, “Palestine’s current status”, *UN News*, 18 de abril de 2024. <https://news.un.org/en/story/2024/04/1148351#:~:text=Right%20now%2C%20Palestine%20is%20a,and%20its%20si> / ONU, “US vetoes Palestine’s request for full UN membership”, *UN News*, 18 de abril de 2024. <https://news.un.org/en/story/2024/04/1148731> / BARREÑADA, I., “El reconocimiento del Estado de Palestina, tan necesario como insuficiente”, *Real Instituto Elcano*, 15 de marzo de 2024.

87 CICR, “Occupation”, *How Does Law Protect in War?* https://casebook.icrc.org/a_to_z/glossary/occupation / Convenio relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (Segunda conferencia de la Paz), La Haya, 18 de octubre de 1907 (Convenio II de La Haya), art. 42.

88 AMNISTÍA INTERNACIONAL, “La situación de los Derechos Humanos en el Mundo”, *Amnistía Internacional*, abril de 2024, p. 67. <https://www.amnesty.org/es/location/middle-east-and-north-africa/middle-east/israel-and-occupied-palestinian-territories/report-israel-and-occupied-palestinian-territories/>

ta, la ocupación israelí de estos territorios supone la flagrante violación del DIP, al conquistar militarmente un territorio cuyos límites están reconocidos internacionalmente, Resolución de la AGNU 1514(XV) de 10 de diciembre de 1960⁸⁹, destacando para el caso presente la Resolución 181(II) de 29 de noviembre de 1947. En atención al art. 42 del Convenio II de La Haya de 1907:

“Se considera un territorio como ocupado cuando se encuentra de hecho colocado bajo la autoridad del Ejército enemigo. La ocupación no se extiende más que a los territorios en que dicha autoridad se halla establecida, y con medios de ser ejercitada.”⁹⁰

A fin de aseverar que un territorio está ocupado por un tercer Estado se debe aplicar el conocido como test del control efectivo de dicho territorio. Este test se compone: en primer lugar, presencia de fuerzas militares extranjeras sobre un territorio; en segundo lugar, el ejercicio o la capacidad de ejercer la autoridad en lugar del gobierno derrocado —en el caso actual existen dos legislaciones aplicadas en este territorio: la ley militar y la ley doméstica israelí⁹¹; y en tercer lugar, la falta de voluntad del gobierno local para dar su consentimiento a dicha presencia⁹².

La Corte, en su Opinión Consultiva de las *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* de 9 de julio de 2004⁹³, ya se manifestó respecto a la ilegalidad de la ocupación de Israel sobre Palestina, “it was contended that Israel has, first, a legal obligation to bring the illegal situation to an end by ceasing forthwith the construction of the wall in the Occupied Palestinian Territory, and to give appropriate assurances and guarantees of non-repetition”⁹⁴. Además, la CIJ exhortó a los Estados a no reconocer esta situación ilegal y no ayudar en el mantenimiento de la misma⁹⁵.

Sin embargo, debe distinguirse entre Cisjordania y la Franja de Gaza, ya que mientras Cisjordania sigue siendo un territorio claramente ocupado militarmente, en el cual debe ser aplicado el DIH⁹⁶ —aunque la falta de aplicación por las autoridades israelíes ha brillado por su ausencia a lo largo de los años—, no es tan claro respecto a la Franja de Gaza. Israel alega haber des-

89 AGNU, A/RES/1514(XV), “Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales”, 14 de diciembre de 1960.

90 JABER, S.S, y BANTEKAS, I., “The Status of Gaza as Occupied Territory under International Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 72, n.º. 4, 2023, pp. 1069-1088. <https://www.cambridge.org/core/journals/international-and-comparative-law-quarterly/article/status-of-gaza-as-occupied-territory-under-international-law/654DB8FE844ED96C47AAA3B213D438F0>

91 AGNU, *Informe de la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental, e Israel*, UN doc. A/77/328, 14 September 2022, para. 46.

92 Véase: UNITED STATES MILITARY TRIBUNAL, *The Hostages Trial. Trial of Wilhelm List and Others*, Case No. 47, 1947.

93 MUÑOZ WILSON, A., “Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las Consecuencias Jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino ocupado”, *Anuario de Derechos Humanos 2005*, pp. 49-54.

94 CIJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, ICJ Reports 2004, 9 July 2004, para. 145, p. 196.

95 *Ibid.*, para. 159.

96 *Ibid.*, paras 70–79.

militarizado dicho territorio en el 2005⁹⁷, pero el efectivo control de Israel sobre la Franja de Gaza es muy significativo, aún con Hamás ejerciendo autoridad política y control militar en la zona, ya que el ejercicio de poder por Hamás no impide el estatus de ocupación. Además, al no ser un territorio muy extenso geográficamente hablando, la proximidad espacial entre ambas entidades permite que Israel ejerza el control sobre el mismo⁹⁸.

Por lo que, en el momento previo a la invasión israelí sobre la Franja de Gaza, Israel sí estaba ejerciendo una ocupación sobre dicho territorio, lo cual conllevaba a que Israel debía respetar sus obligaciones de DIH como potencia ocupante⁹⁹, pero la Franja de Gaza era conocida como “una prisión al aire libre”¹⁰⁰. La ocupación militar ilegal ha sido descrita como “una flagrante violación del derecho internacional y un obstáculo importante para el logro de la solución biestatal y de una paz general, justa y duradera”¹⁰¹. Además, la actuación de Israel sobre Palestina se ha llevado a cabo en base a “colonialist, annexationist aims of an illegal occupant”¹⁰², debido a la represión y la discriminación que sufre la población palestina protegida.

La población ha sido sometida a torturas y malos tratos por parte de las autoridades israelíes ocupantes, siéndoles prohibido, así mismo, el ejercicio del derecho a la libre asociación y expresión¹⁰³, lo cual ha conllevado a que, especialmente, numerosos menores palestinos hayan sido detenidos y encarcelados, así como personas de renombrado prestigio entre los palestinos como políticos o escritores¹⁰⁴. El conjunto de actuaciones israelíes sobre la población civil palestina en los TPO es constitutivo de un régimen de *apartheid*, ya que busca la “deshumanización de los palestinos” a través de “conductas cometidas de manera sistemática y generali-

97 Véase: LUFT, M., “Living in a Legal Vacuum: The Case of Israel’s Legal Position and Policy towards Gaza Residents”, *Israel Law Review*, vol. 51, n° 2, 2018, pp. 193-234.

98 JABER, S.S, y BANTEKAS, I., *op. cit.*, nota 90.

99 DARCY, S. y REYNOLDS, J., “An Enduring Occupation: The Status of the Gaza Strip from the Perspective of International Humanitarian Law”, *JC&SL*, vol, 15, n° 2, 2010, p. 238.

100 Véase: HUMAN RIGHTS WATCH, “Gaza: Israel’s ‘Open-Air Prison’ at 15”, *Human Rights Watch*, 14 de junio de 2022. <https://www.hrw.org/news/2022/06/14/gaza-israels-open-air-prison-15>

101 CSNU, S/RES/2334 (2016), 14 de diciembre de 2023.

102 ONU, A/78/378 S/2023/694, “Study on the Legality of the Israeli Occupation of the Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem”, *The Question of Palestine*, 20 de septiembre de 2023, p. 12.

103 Véase: AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Israel and Occupied Palestinian Territories: ‘They were just kids’: Evidence of war crimes during Israel’s August 2022 Gaza offensive*, número de índice AIDAN: MDE 15/6079/2022, 25 de octubre de 2022. https://www.amnesty.org/es/documents/mde15/6079/2022/en/?utm_source=annual_report&utm_medium=epub&utm_campaign=2021

104 OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS (OHCHR), “‘Unchilded’ from birth: UN expert calls for decisive protection of Palestinian children under Israeli rule”, *UN Press Release*, 24 de octubre de 2023. <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2023/10/unchilded-birth-un-expert-calls-decisive-protection-palestinian-children> / <https://reliefweb.int/report/occupied-palestinian-territory/de-gaza-year-israels-genocide-and-collapse-world-order-enar> / SAVE THE CHILDREN, *Stripped, beaten and blindfolded: new research reveals ongoing violence and abuse of Palestinian children detained by Israeli military*, 10 de julio de 2023. <https://www.savethechildren.org.uk/news/media-centre/press-releases/new-research-reveals-ongoing-violence-on-palestinian-children--/> / DEFENCE FOR CHILDREN PALESTINE, *Israeli military continues prosecution of released Palestinian child prisoners*, 30 de enero de 2024. https://www.dci-palestine.org/israeli_military_continues_prosecution_of_released_palestinian_child_prisoners

zada contra la población civil”¹⁰⁵. Este régimen viola el DIP, debido al absoluto desprecio que muestra Israel ante los derechos humanos de los palestinos¹⁰⁶, pudiendo ser, en consecuencia, constitutivo de crimen de lesa humanidad¹⁰⁷.

Israel no ha detenido ahí su actuación sobre Palestina ni contra la población civil palestina, ya que también ha creado asentamientos ilegales en las TPO, con el objeto de establecer el “control permanente” sobre el territorio, observándose que “a further expansion of Israeli settlements” lleva aparejado “an escalation of violence against the occupied population”¹⁰⁸. En general, el control israelí sobre los TPO constituye un “régimen militar draconiano a los palestinos”, mientras que “los israelíes judíos que viven de forma segregada en el mismo territorio gozan de todos sus derechos”¹⁰⁹. La creación de asentamientos y el progresivo aumento en el traslado de la población colona en los mismos ha sido criticado y denunciado por organismos internacionales¹¹⁰, debido a que el objeto final de estas acciones es el desarraigo de la población protegida y la sustitución de la misma por personas ajenas. Asimismo, la creación de asentamientos y el fomento del desplazamiento de colonos sobre el territorio de otro Estado puede ser constitutivo de crimen de guerra¹¹¹, y las medidas tomadas por Israel para “modificar

105 Véase: AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Israel: El apartheid israelí contra la población palestina: Cruel sistema de dominación y crimen de lesa humanidad: Resumen*, número de índice AIDAN: MDE 15/5141/2022, 1 de febrero 2022. https://www.amnesty.org/es/documents/mde15/5141/2022/es/?utm_source=annual_report&utm_medium=epub&utm_campaign=2021 / AMNISTÍA INTERNACIONAL, *La situación de los Derechos Humanos en el mundo. Abril 2024*, Amnesty International 2024, Londres, 2024. <https://www.amnesty.org/es/documents/po10/7200/2024/es/> / DW, “Palestinos son víctimas de apartheid en Israel, denuncia AI”, *DW*, 1 de febrero de 2022. <https://www.dw.com/es/amnist%C3%ADa-internacional-palestinos-son-v%C3%ADctimas-de-apartheid-en-israel/a-60621560> / HUMAN RIGHTS WATCH, “Las prácticas abusivas de Israel constituyen crímenes de apartheid y persecución”, *Human Rights Watch*, 27 de abril de 2021. <https://www.hrw.org/es/news/2021/04/27/las-practicas-abusivas-de-israel-constituyen-crmenes-de-apartheid-y-persecucion>

106 ONU, “Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and Israel”, UN doc. A/77/328, 14 September 2022, para. 64. / ONU, “Israeli settlements in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and the occupied Syrian Golan: Report of the Secretary-General”, UN doc. A/78/554, 25 October 2023, paras. 45-74. / ONU, “Israeli settlements in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and in the occupied Syrian Golan: Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights”, UN doc. A/HRC/55/72, 1 February 2024, paras. 16-33. / AMNISTÍA INTERNACIONAL, *El apartheid israelí contra la población palestina*, 1 de febrero de 2022. <https://www.amnesty.org/es/latest/campaigns/2022/02/israels-system-of-apartheid/>

107 IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, 12 de agosto de 1949, art. 32.

108 COUNCIL ON FOREIGN RELATIONS, *Israeli-Palestinian Conflict*, 2023. <https://www.cfr.org/global-conflict-tracker/conflict/israeli-palestinian-conflict>

109 HUMAN RIGHTS WATCH, “Las prácticas abusivas de Israel constituyen crímenes de apartheid y persecución”, *Human Rights Watch*, 27 de abril de 2021. <https://www.hrw.org/es/news/2021/04/27/las-practicas-abusivas-de-israel-constituyen-crmenes-de-apartheid-y-persecucion>

110 Véase: nota 106.

111 Art. 49 del IV Convenio de Ginebra: “La Potencia ocupante no podrá efectuar la evacuación o el traslado de una parte de la propia población civil al territorio por ella ocupado”. / ONU, “La ocupación israelí de los territorios palestinos es ilegal, determina la Comisión de Investigación”, 20 de octubre de 2022. <https://news.un.org/es/story/2022/10/1516277> / ONU, “Los asentamientos israelíes deben ser considerados crímenes de guerra, dice experto de la ONU”, *Noticias ONU. Mirada global Historias humanas*,

el carácter físico, la composición demográfica, la estructura institucional o el estatuto de los territorios palestinos y otros territorios árabes ocupados desde 1967 (...), carecen totalmente de validez jurídica y que la política y las prácticas de Israel de asentar a grupos de su población y a nuevos inmigrantes en esos territorios constituyen una violación manifiesta del Convenio de Ginebra¹¹².

La Corte se manifestó el 19 de julio del 2024, a raíz de una petición de la AGNU del 2022¹¹³, sobre la cuestión de si la Franja de Gaza se encontraba bajo ocupación israelí, declarando la ilegalidad de la misma al violar el DIP y los principios internacionales básicos, así como las diferentes resoluciones de la ONU y acuerdos firmados entre Israel y Palestina¹¹⁴. La CIJ exigió a Israel que diese término a la misma¹¹⁵, señalando que aun siendo una ocupación tan prolongada en el tiempo el estatus jurídico bajo el DIH no varía¹¹⁶. Asimismo, la Corte determinó que las políticas y prácticas aplicadas por Israel sobre el territorio gazatí eran ilegales y suponen la violación del derecho a la libre determinación de los palestinos¹¹⁷, recayendo en Israel tanto el deber de reparar como de devolver el territorio palestino apropiado ilegalmente desde 1967 a los palestinos, debiendo compensarles por los daños sufridos¹¹⁸. Finalmente, la CIJ concluyó que la única solución posible que contribuirá a la estabilidad regional y a la seguridad es el respeto y el reconocimiento mutuo entre los dos Estados, siendo preciso el ejercicio del “right of the Palestinian people to self-determination, including its right to an independent and sovereign State”¹¹⁹.

Por lo que, Israel, como potencia ocupante¹²⁰ sobre estos territorios, está en clara violación del DIP, del DIH –especialmente del IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra de 12 de agosto de 1949 y del Convenio II de La Haya de 1907 relativa a las leyes y usos de la guerra terrestre y reglamento anexo¹²¹–, de los Derechos

9 de julio de 2021. <https://news.un.org/es/story/2021/07/1494152> / BBC, “Asentamientos judíos en Cisjordania: por qué miles de israelíes viven en territorios palestinos y otras claves para entender la disputa entre ellos”, *BBC News Mundo*, 19 de noviembre de 2019. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-50467526> / AMNISTÍA INTERNACIONAL, “50 años de ocupación israelí”, *Reportajes Amnistía Internacional*, 13 de junio de 2017. <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/reportajes/ocupacion-israeli/> / EURONEWS, “Israel aprueba la construcción de más de 5000 viviendas ilegales en territorios ocupados”, *Euronews*, 27 de junio de 2023. <https://es.euronews.com/2023/06/27/israel-aprueba-la-construccion-de-mas-de-5-000-viviendas-ilegales-en-territorios-ocupados>

112 AGNU, A/49/823, y CSNU, S/1995/11, “Carta de fecha 6 de enero de 1995, dirigida al Secretario General por el Representante Permanente de Argelia ante las Naciones Unidas”, 6 de enero de 1995.

113 AGNU, A/RES/77/247, “Prácticas israelíes que afectan a los derechos humanos del pueblo palestino en el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental”, 30 de diciembre de 2022.

114 CIJ, *Legal Consequences arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem*, Advisory Opinion, 19 July 2024, paras.259-264.

115 *Ibid.*, para. 264.

116 *Ibid.*, para. 109.

117 *Ibid.*, para. 243.

118 *Ibid.*, paras. 268-272.

119 *Ibid.*, para. 283.

120 CIJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, ICJ Reports 2004, 9 July 2004, para. 78.

121 Arts. 27-34 y 47-78 del IV Convenio de Ginebra. / Arts. 42-57 del Convenio II de La Haya.

Humanos, de las resoluciones del CSNU y de la AGNU¹²², y de los principios internacionales recogidos en la Carta de las Naciones Unidas¹²³. Además, tampoco hay que olvidar que Israel ha impedido de forma sistemática el ejercicio de los palestinos del derecho *jus cogens* y *erga omnes* a la libre determinación¹²⁴, este derecho no puede ser sometido a condiciones de la potencia ocupante¹²⁵.

C. CONFLICTO PALESTINO-ISRAELÍ

Un conflicto armado es definido como un “enfrentamiento violento entre dos grupos humanos de tamaño masivo y que generalmente, tendrá como resultado muertes y destrucción material”¹²⁶. Este conflicto puede ser de carácter interno –no internacional– (CANI), cuando “una situación de violencia en la que tienen lugar, en el territorio de un Estado, enfrentamientos armados prolongados entre fuerzas gubernamentales y uno o más grupos armados organizados, o entre grupos de ese tipo”¹²⁷; o puede ser de carácter internacional (CAI), cuando, sin ser precisa la declaración de guerra o su reconocimiento, “se enfrentan dos o más Estados”¹²⁸.

Sea cual sea el carácter del conflicto, en el mismo debe primar en todo momento el DIH, es decir, el *jus in bello* –en contraposición al *jus ad bellum*, el cual es aplicable en situaciones de no conflicto, siendo la regla principal la prohibición del uso de la fuerza-¹²⁹. Las ‘leyes de

122 Véase: OHCHR, ALBANESE, F., A/HRC/55/73, “Anatomy of a Genocide Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights in the Palestinian territories occupied since 1967”, 25 de marzo de 2024. <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/hrbodies/hrcouncil/sessions-regular/session55/advance-versions/a-hrc-55-73-auv.pdf> / ONU, *La Cuestión de Palestina y la Asamblea General*. <https://www.un.org/unispal/es/data-collection/general-assembly/>

123 Arts. 1(2), 55, 73 y 78 de la Carta.

124 Véase: COMITÉ PARA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS INALIENABLES DEL PUEBLO PALESTINO-ONU, *La Legalidad de la Ocupación israelí del Territorio Palestino Ocupado incluida Jerusalén Oriental*, Naciones Unidas, 2023, p. 109. https://www.un.org/unispal/wp-content/uploads/2024/01/Legal-Study_Spanish.pdf / CIJ, *East Timor (Portugal v. Australia)*, Judgment, ICJ Reports 1995, 30 June 1995, para. 29.

125 CIJ, *Legal Consequences arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem*, Advisory Opinion, 19 July 2024, para. 257.

126 ACNUR, “¿Qué es un conflicto armado según el Derecho Internacional Humanitario?”, *ACNUR*, 22 de mayo de 2018. https://eacnur.org/es/blog/que-es-un-conflicto-armado-segun-el-derecho-internacional-humanitario-tc_alt45664n_o_pstn_o_pst#:~:text=Un%20conflicto%20armado%2C%20en%20sentido,resultado%20muertes%20y%20destrucci%C3%B3n%20material

127 VITÉ, S., “Conflictos internos u otras situaciones de violencia: ¿cuál es la diferencia para las víctimas?”, *International Review of the Red Cross*, nº 873, marzo de 2009.

128 CICR, “¿Cuál es la definición de “conflicto armado” según el derecho internacional humanitario?”, *Dictamen del CICR*, marzo de 2018. <https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict-es.pdf>

129 CICR, “What are *jus ad bellum* and *jus in bello*?”, *CICR-Base de datos de DIH*, 22 de enero de 2015. <https://www.icrc.org/en/document/what-are-jus-ad-bellum-and-jus-bello-0> / STAHN, C., “‘*Jus ad bellum*’, ‘*jus in bello*’... ‘*jus post bellum*’? –Rethinking the Conception of the Law of Armed Force”, *European Journal of International Law*, vol. 17, nº 5, 1 de noviembre de 2006, pp. 921-943. <https://academic.oup.com/ejil/article/17/5/921/2756298>

la guerra¹³⁰ regulan el comportamiento en la guerra¹³¹, siendo su objeto “limitar la barbarie” durante un conflicto armado¹³², a fin de proteger tanto a la población civil, es decir, tanto a las personas que no toman parte en las actividades armadas¹³³ como a aquellos combatientes que no pueden seguir participando en dichas actividades¹³⁴, y sus derechos fundamentales.¹³⁵

La situación actual en la Franja de Gaza, propiciada por los ataques de Hamás del 7 de octubre de 2023, debe entenderse como un nuevo capítulo en el conflicto armado entre Palestina e Israel iniciado en 1948 por la partición del Estado de Palestina¹³⁶, la expulsión de los palestinos –*Nakba*– y la posterior ocupación israelí del territorio palestino¹³⁷, a lo que hay que sumar la

130 AMNISTÍA INTERNACIONAL, “¿Qué es un conflicto armado?”, *Blog Amnistía Internacional*, 17 de octubre de 2023. <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/blog/historia/articulo/que-es-un-conflicto-armado/>

131 CICR, “Jus ad bellum y jus in bello”, *CICR-Base de datos de DIH*, 29 de octubre de 2010. <https://www.icrc.org/es/doc/war-and-law/ihl-other-legal-regmies/jus-in-bello-jus-ad-bellum/overview-jus-ad-bellum-jus-in-bello.htm>

132 CICR, “Los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales”, *CICR-Base de datos de DIH*, 1 de enero de 2014. <https://www.icrc.org/es/document/los-convenios-de-ginebra-de-1949-y-sus-protocolos-adicionales>

133 CICR, Rule 5. Definition of Civilians: “Civilians are persons who are not members of the armed forces. The civilian population comprises all persons who are civilians”, *CICR-Base de datos de DIH*. / Art. 43(2) del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977 (PA I): “Los miembros de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto (salvo aquellos que formen parte del personal sanitario y religioso a que se refiere el artículo 33 del III Convenio) son combatientes, es decir, tienen derecho a participar directamente en las hostilidades.”

134 DE PREUX, J., “Estatuto de combatiente y de prisionero de guerra”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 28 de febrero de 1989. <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/5tdm4r.htm> / CICR, Rule 3. Definition of Combatants: “State practice establishes this rule as a norm of customary international law in international armed conflicts. For purposes of the principle of distinction (see Rule 1), members of State armed forces may be considered combatants in both international and non-international armed conflicts. Combatant status, on the other hand, exists only in international armed conflicts.” <https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v1/rule3>

135 Art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra. / CICR, Rule 1. The Principle of Distinction between Civilians and Combatants, *CICR-Base de datos de DIH*: “The parties to the conflict must at all times distinguish between civilians and combatants. Attacks may only be directed against combatants. Attacks must not be directed against civilians.” <https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v1/rule1> / CICR, Rule 7. The Principle of Distinction between Civilian Objects and Military Objectives, *CICR-Base de datos de DIH*: “The parties to the conflict must at all times distinguish between civilian objects and military objectives. Attacks may only be directed against military objectives. Attacks must not be directed against civilian objects.” <https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v1/rule7> / CICR, *Derecho internacional humanitario y terrorismo: respuestas a preguntas clave*. <https://www.icrc.org/es/faq/derecho-internacional-humanitario-y-terrorismo-respuestas-preguntas-clave>

136 ONU-Comité para el ejercicio de los derechos inalienables del pueblo palestino, *La condición jurídica de Jerusalén*, Naciones Unidas, Nueva York, 1997. <https://unispal.un.org/pdfs/97-24262s.pdf> / ONU, *Historia de la Cuestión de Palestina*. <https://www.un.org/unispal/es/history/>

137 UNRWA, *75 años de la expulsión de palestinos y palestinas de sus hogares, aún sin solución justa ni definitiva a su situación*, 10 de mayo de 2023. <https://unrwa.es/actualidad/sala-de-prensa/75-aniversario-de-la-nakba-se-cumplen-75-anos-de-la-expulsion-de-palestinos-y-palestinas-de-sus-hogares-aun-sin-solucion-justa-ni-definitiva-a-su-situacion/> / CERVERA, F., “La Nakba: la expulsión de los palestinos durante la fundación del Estado de Israel”, *National Geographic. Historia*, 19 de octubre de 2023. https://historia.nationalgeographic.com.es/a/que-es-nakba-expulsion-palestinos-durante-fundacion-estado-israel_20344

creación de asentamientos por parte de Israel en los TPO. Por lo que el territorio vive inmerso en un CAI desde hace decenios¹³⁸, ya que son dos Estados los que están enfrentados entre sí, a pesar de que el Estado de Palestina carece de reconocimiento oficial por parte de la ONU, pero, de acuerdo con la Resolución 3314(XXIX) de 14 de diciembre de 1974, un Estado no estará determinado por “cuestiones de reconocimiento o de que un Estado sea o no Miembro de las Naciones Unidas”¹³⁹. Además, debe tenerse en cuenta que sin el carácter internacional del conflicto se estaría cayendo en una falsa imagen de legitimidad de la ocupación israelí sobre territorio palestino¹⁴⁰.

Por ello, el presente caso es en sí mismo muy complejo, así como la propia invocación del derecho a la legítima defensa realizada por Israel tras los ataques de Hamás¹⁴¹, derecho que no ha sido discutido por Sudáfrica. No obstante, la Corte menciona en numerosas ocasiones el conflicto palestino-israelí, dando a entender que los ataques de Hamás, de una mayor intensidad cierto es, no dejan de englobarse en el mismo.

D. PAPEL DE HAMÁS EN EL CONFLICTO PALESTINO-ISRAELÍ

Hamás es considerado un grupo terrorista de manera casi unánime en el ámbito internacional¹⁴², el cual aboga por la destrucción de Israel, a fin de restablecer la Palestina histórica, es decir, al contrario que la OLP, no aboga por la solución de los dos Estados¹⁴³. Este grupo armado fue adquiriendo un gran peso en la política palestina, siendo desde 2005 la autoridad *de facto* de la Franja de Gaza, afianzándose en el poder tras las elecciones de 2006¹⁴⁴; si bien

138 ONU, *Crisis entre Israel y Gaza*. <https://www.un.org/es/situation-in-occupied-palestine-and-israel/history>

139 AGNU, A/RES/3314(XXIX), “Definición de la agresión”, 14 de diciembre de 1974, art. 1(a).

140 Art. 42 del Convenio II de La Haya. / Art. 4 del IV Convenio de Ginebra. / CICR, *Retos contemporáneos del DIH – Ocupación*, 29 de octubre de 2010. <https://www.icrc.org/es/doc/war-and-law/contemporary-challenges-for-ihl/occupation/overview-occupation.htm>

141 LEMPEL, J., “Why the ICJ Cannot Order Israel to Stop the War in Gaza as a Provisional Measure”, *EJIL:Talk!*, 8 de enero de 2024. <https://www.ejiltalk.org/why-the-icj-cannot-order-israel-to-stop-the-war-in-gaza-as-a-provisional-measure/#:~:text=The%20Court%20reasoned%20that%20%E2%80%9CIsrael,-not%20outside%2C%20that%20territory.%E2%80%9D>

142 NATIONAL GEOGRAPHIC, “Seis claves sobre Hamás y su ofensiva contra Israel”, *National Geographic Mundo NG*, 12 de octubre de 2023. https://www.nationalgeographic.com.es/mundo-ng/seis-claves-sobre-Hamás-su-ofensiva-contra-israel_20852 / BBC News, “Qué es Hamás, el grupo islamista militante que lanzó un ataque sin precedentes contra Israel”, *BBC News Mundo*, 8 de octubre de 2023. <https://www.bbc.com/mundo/articles/c907yed00x0o> / NATIONAL GEOGRAPHIC, “Qué es Hamás y otras claves para entender el conflicto entre Israel y Palestina”, *National Geographic Mundo NG*, 5 de abril de 2024. https://www.nationalgeographic.com.es/mundo-ng/guerra-entre-israel-Hamás-claves-para-entender-conflicto_20837

143 LAS HERAS, P., “Hamás en perspectiva: Orígenes y evolución”, *Global Affairs and Strategic Studies. Universidad de Navarra*, 15 de enero de 2024.

144 ROBISON, K., “What Is Hamás?”, *Council on Foreign Relations*, 18 de abril de 2024. <https://www.cfr.org/background/what-Hamás> / ABU AMER, A., “Postponed Palestinian Elections: Causes and Repercussions”, *Carnegie Endowment for International Peace*, 11 de mayo de 2021. / FERRÉ, J.M., “Consecuencias de la victoria de Hamás en las elecciones palestinas”, *Real Instituto Elcano*, 20 de febrero de 2006.

es cierto que solo la OLP es reconocida como representante legítima del pueblo palestino por la ONU¹⁴⁵ y por Israel¹⁴⁶.

Por lo que Hamás no es un mero grupo terrorista, también es un grupo armado no estatal, lo cual implica que, a la hora de perpetrar los ataques del 7 de octubre de 2023 bajo el nombre de ‘Tormenta Al-Aqsa’, los cuales propiciaron la respuesta de Israel bajo el amparo de un supuesto derecho a la legítima defensa, debería haber actuado acorde con el DIH¹⁴⁷. En consecuencia, los asesinatos indiscriminados de civiles¹⁴⁸ y la toma de rehenes¹⁴⁹ constituyen violaciones de dicho derecho.

2. El derecho al uso de la fuerza, el derecho a la legítima defensa

A. ¿QUÉ ES EL DERECHO A LA LEGÍTIMA DEFENSA?

El sistema internacional de 1945, creado tras la II Guerra Mundial, establece como elemento principal en las relaciones entre Estados: la prohibición del uso de la fuerza, recogida en el art. 2(4) de la Carta¹⁵⁰. Sin embargo, la Carta también permite el uso de la fuerza armada, ya que “(n)inguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas”, art. 51. Por lo que la Carta es de carácter dual: por un lado, establece la restricción del uso incontrolable y unilateral de la fuerza; y, por otro lado, crea un derecho a los Estados con el objeto de asegurar su supervivencia¹⁵¹.

No obstante, el “use of force to repel an attack or imminent threat of attack directed against oneself or others or a legally protected interest”¹⁵², incluso pudiendo expulsar al invasor en caso de que haya invadido el territorio del Estado víctima¹⁵³, debe observarse como una excepción a la regla principal, a la obligación *jus cogens*¹⁵⁴ de abstenerse “de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o contra la independencia política de

145 AGNU, A/RES/67/19, “Estatuto de Palestina en las Naciones Unidas”, 29 de noviembre de 2012.

146 Acuerdos de Oslo de 1993. / Ver: ABU-TARBUSH, J., y BARREÑADA, I., *op. cit.*, nota 81.

147 CICR, *Terrorismo, CICR-Base de datos de DIH*.

148 Art. 52(1) del PA I.

149 Arts. 3 y 34 del IV Convenio de Ginebra. / Art. 75(2)(c) del PA I.

150 “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.”

151 UPENIECE, V., “Conditions for the lawful exercise of the right of self-defence in international law”, *SHS Web of Conferences*, vol. 40, n° 01008, 31 de enero de 2018, p. 5. https://www.shs-conferences.org/articles/shsconf/pdf/2018/01/shsconf_shw2018_01008.pdf

152 CICR, “Self-defence”, *How Does Law Protect in War?* https://casebook.icrc.org/a_to_z/glossary/self-defence

153 Art. 51 de la Carta.

154 CIJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, ICJ Reports 2004, 9 July 2004, para. 87. / GUPTA, S., “Israel’s Right to Self-Defense Under International Law”, *JURISTnews*, 22 de diciembre de 2023. <https://www.jurist.org/commentary/2023/12/7-10-the-question-of-israels-right-to-self-defense-under-international-law/>

cualquier Estado”¹⁵⁵. Este instrumento es, además, “temporary”, “hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales”; debiendo ser este informado por el Estado que va a hacer o ha hecho uso de esta excepción, ya que es la autoridad central que debe determinar si este uso de la fuerza es legítimo o no, art. 51.¹⁵⁶

La CIJ ha establecido una serie de condiciones o principios para determinar la legalidad del ejercicio de este derecho, ya que la Carta “does not contain any specific rule whereby self-defence would warrant only measures which are proportional to the armed attack and necessary to respond to it, a rule well established in customary international law”¹⁵⁷. Estos principios son:

Principio de necesidad: el conflicto no puede ser resuelto mediante medios pacíficos ni existen “peaceful alternatives”¹⁵⁸, es decir, la única respuesta posible a un “real threat to the survival of a state”¹⁵⁹ es mediante el uso de la fuerza. Este principio recoge, asimismo, la obligación de verificar que no existe una manera pacífica de resolver el conflicto¹⁶⁰.

Principio de proporcionalidad: el uso de la fuerza sirve para neutralizar o abolir el ataque del que el Estado se está defendiendo¹⁶¹, es decir, los medios y formas del derecho de la legítima defensa deben ser proporcionales al ataque armado sufrido¹⁶². Este principio no exige que las armas utilizadas para la defensa sean idénticas a las del ataque, incluso la CIJ no ha llegado a determinar si es legítimo o no el uso de armas nucleares en estos casos¹⁶³.

Principio de inmediatez: el cual es muy controvertido ya que establece que el uso de la fuerza debe darse inmediatamente después de haber sufrido el ataque del que se pretende defender el Estado víctima, lo cual conlleva a que la reacción en el contexto para la defensa legítima no debe perpetuarse en el tiempo¹⁶⁴. No obstante, se ha argumentado que un ataque armado aislado no es razón para ejercer este derecho¹⁶⁵.

155 Art. 2(4) de la Carta.

156 Véase: BAKIRCIOGLU, O., “The Right to Self-Defence In National And International Law: The Role Of The Imminence Requirement”, *IU Robert H. McKinney School of Law*, vol. 19, nº 1, 2009.

157 CIJ, *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgement, ICJ Reports 1986, 27 June 1986, para. 176.

158 DILL, J., “Threats to state survival as emergencies in international law”, *International Theory*, vol. 15, nº 2, 2023, p. 164.

159 CIJ, *Nicaragua v. United States of America*, Judgement, ICJ Reports 1986, 27 June 1986, para. 237. / GREEN, J.A., “The *ratione temporis* elements of self-defence”, *Journal on the Use of Force and International law*, vol. 2, nº 1, 2015, p. 101.

160 DINSTEIN, Y., *War, aggression and self-defence*, Cambridge University Press, 4th ed., 2005, p. 237.

161 CIJ, *Nicaragua v. United States of America*, Judgement, ICJ Reports 1986, 27 June 1986, para. 176. / CIJ, *Case concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Judgement, ICJ Reports (2003), 6 November 2003, para. 72.

162 DILL, J., *op. cit.*, nota 158, p. 1967.

163 Véase: CIJ, *Legality of the threat of use of nuclear weapons, Summaries of Judgments, Advisory Opinions*, ICJ Reports 1996, 8 July 1996.

164 CIJ, *Case concerning Oil Platforms*, Judgement, ICJ Reports (2003), 6 November 2003, para. 37. / UPE-NIECE, V., *op. cit.*, nota 151, p. 3.

165 DINSTEIN, Y., *op. cit.*, nota 160.

La cuestión principal respecto a este derecho es sobre cuándo, en qué momento, son lícitas las acciones de legítima defensa¹⁶⁶. Ante esta cuestión se han desarrollado varias teorías: (1) “teoría de detener y repeler”, el uso de la fuerza sirve solamente para detener y repeler un ataque en curso; (2) “teoría del desencadenante”, una vez ocurrido el ataque armado, el Estado víctima puede defenderse contra el agresor, así como de posibles amenazas potenciales; y (3) “teoría del ataque futuro”, un Estado puede hacer uso de la fuerza no solo para responder a un ataque en curso, sino también si este prevé ataques futuros.¹⁶⁷

Sin embargo, esta última teoría es generalmente descartada por parte de la doctrina, aunque existe cierto debate en el caso de que no haya elección de medios, es decir, cumpliendo con criterios de urgencia y necesidad, se pueda ejercer una legítima defensa anticipada¹⁶⁸. El Secretario General de la ONU en 2005 declaró que este derecho “abarca tanto un ataque inminente como un ataque ya ocurrido”¹⁶⁹. No obstante, la interpretación mayoritaria es que el art. 51 de la Carta solo permite el ejercicio de este derecho “en caso de ataque armado”, es decir, después de un ataque, no antes. La CIJ, por otra parte, en el caso *Nicaragua v. Estados Unidos*, clarificó que el derecho a la legítima defensa solo puede ejercerse tras ataques armados ya ocurridos, y no se pronunció sobre la legalidad de responder a una amenaza inminente¹⁷⁰, de igual manera se manifestó en el caso *Congo*, concluyendo que no se utilizó fuerza contra un ataque previsto¹⁷¹.

B. ¿TIENE ISRAEL DERECHO AL USO DE LA FUERZA TRAS LOS ATAQUES DE HAMÁS?

Israel justifica su derecho a la legítima defensa, tras los ataques de Hamás del 7 de octubre de 2023, en base a que debe proteger a su población y asegurar el rescate de los rehenes, siendo esto óbice a dar inicio a una invasión militar sobre territorio gazatí y el asesinato de cientos de miles de civiles palestinos.

A ojos de Israel, una orden de la Corte de suspender las operaciones militares supondría perjudicar los derechos de Israel y no se protegerían los derechos de los palestinos de actos genocidas. Por lo que, Israel considera que la Corte no puede privarle de su derecho a la legítima

166 UPENIECE, V., *op. cit.*, nota 151, p. 2.

167 Véase: CANNIZZARO, E., “The Role of Proportionality in the Law of International Countermeasures”, *EJIL*, vol. 12, n° 5, 2001, pp. 889-916. / TEGENFELDT LUND, J., “Interceptive Self-Defence When the Trigger Has Been Pulled”, *Lund University*, 2007. / GUPTA, S., *op. cit.*, nota 154.

168 UPENIECE, V., *op. cit.*, nota 151, p. 4. / Véase: WAXMAN, M.C., “The Caroline Affair in the Evolving International Law of Self Defense”, *Columbia Law School*, 2018.

169 AGNU, A/59/2005, “Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos Informe del Secretario General”, 21 de marzo de 2005, paras. 122-126, p. 37. <https://www.un.org/spanish/largerfreedom/report-largerfreedom.pdf>

170 CIJ, *Nicaragua v. United States of America*, Merits, Judgment, ICJ Reports 1986, 27 June 1986, paras. 193-194.

171 CIJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, ICJ Reports 2005, 19 December 2005, para. 143.

defensa¹⁷², ya que esto no implicaría que los derechos palestinos no se viesen afectados por posibles actos genocidas¹⁷³. Sin embargo, este argumento olvida que las operaciones militares son las que están llevando a los palestinos a un “imminent risk of group destruction”¹⁷⁴, es decir, de que se estén cometiendo actos de genocidio y/o del Art. III de la Convención contra la población civil. Por lo que, si se ponen en equilibrio los derechos afectados, al igual que si se acepta el derecho a la defensa de los ciudadanos de Israel y, en consecuencia, el derecho a la legítima defensa, debería primar la suspensión de las operaciones militares, evitando la muerte de cientos de miles de palestinos.

La Corte adoptó las medidas provisionales sin analizar si Israel posee o no derecho a la legítima defensa, es decir, al uso de la fuerza, derecho recogido en el art. 51 de la Carta. En principio, este derecho no puede ser limitado por ninguna disposición de la Carta, siendo el Estatuto de la Corte “parte integrante de esta Carta”¹⁷⁵. En otras palabras, la Corte no estaría capacitada para establecer límites al ejercicio del derecho a la legítima defensa, y solo el CSNU tendría dicha prerrogativa, art. 51 de la Carta. Sin embargo, el art. 41(1) del Estatuto de la Corte establece que la Corte sí puede determinar, si las “circunstancias así lo exigen”, “las medidas provisionales que deban tomarse para resguardar los derechos de cada una de las partes”, es decir, los derechos de todas las partes y no solo de la que ejerce el derecho a la legítima defensa, ya que “a lawful exercise of the right to self-defence cannot constitute a breach of any relevant article of the United Nations Charter”¹⁷⁶.

Por lo que, deben tenerse en cuenta las características del presente caso, es decir, de la ‘Cuestión de Palestina’¹⁷⁷, ya que solo de esta forma, y tal y como exige Israel a la Corte, se podrá observar si Israel tiene derecho o no a ejercer el art. 51 de la Carta.

En primer lugar, el territorio vive en una situación de CAI desde 1948, por lo que los ataques por uno y por otro bando están a la orden del día. El DIH no recoge que el derecho a la legítima defensa pueda invocarse durante un conflicto armado –la única mención es en la Regla 29 del DIH respecto a la defensa propia del personal médico¹⁷⁸–. Asimismo, la invocación del derecho a la legítima defensa en un CAI es ciertamente incoherente en sí mismo, debido a que en un conflicto se espera que ambas partes se ataquen mutuamente.

Los ataques de Hamás del 7 de octubre de 2023 que provocaron la reacción de Israel no pueden desvincularse del conflicto en sí. Ciertamente estos ataques fueron en territorio ocupado¹⁷⁹, es decir, bajo control de Israel, pero también deben englobarse en el contexto de lucha

172 CIJ, *South Africa v. Israel*, Verbatim Record in the case concerning, CR2024/2, 12 January 2024, para. 18.

173 AHMAD HAQUE, A., *op. cit.*, nota 41.

174 CIJ, *South Africa v. Israel*, Provisional Measures, Order, 26 January 2024, para. 74.

175 Art. 92 de la Carta. / CIJ, *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Judgement, 17 June 2001, para. 101.

176 CIJ, *Democratic Republic of the Congo v. Uganda*, Judgment, ICJ Reports 2005, 19 December 2005, Declaration of Judge Tomka, para. 10.

177 ONU, *Historia de la Cuestión de Palestina*. <https://www.un.org/unispal/es/history/>

178 CICR, Rule 29. Medical Transports, *CICR-Base de datos de DIH*. <https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v1/rule29>

179 CHERRY, J., y RIZZOTTI, M., “Understanding Self-Defence and the Law of Armed Conflict”, *Liberty Institute. West Point*, 9 de marzo de 2021. <https://lieber.westpoint.edu/understanding-self-defense-law-ar>

iniciada a raíz de las ocupaciones israelíes sobre Palestina, siendo Hamás un actor de peso en defensa de los intereses palestinos y en el propio CAI.

En segundo lugar, un Estado “can only act unilaterally in self-defence” si el uso de la fuerza por parte de un actor no-estatal es atribuida a un Estado¹⁸⁰, siendo la responsabilidad del Estado limitada a los actos de los órganos y agentes ejerciendo autoridad pública¹⁸¹. Por lo que, “(t)he right to self-defence can be invoked when the state is threatened by another state, which is not the case”¹⁸², ya que, en el presente caso, la OLP, máxima representante de los intereses palestinos, así reconocida internacionalmente¹⁸³, no estuvo involucrada en los ataques perpetrados por Hamás.

No obstante, Hamás ejercía cierto control sobre parte de la Franja de Gaza, pero dicho control era mínimo debido a la presencia de Israel en el territorio. Además, el control de Hamás sobre parte del territorio gazatí no suponía que Israel no ejerciese sobre el mismo una ocupación, así mismo el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia estableció que “sporadic local resistance, even successful, does not affect the reality of occupation”¹⁸⁴. La CIJ en su Opinión Consultiva del 19 de julio de 2024, a pesar de que Israel lo niega –en la práctica ejerce un gran control sobre la Franja de Gaza sin gran presencia militar¹⁸⁵–, declaró que efectivamente Israel es una potencia ocupante en Cisjordania y la Franja de Gaza¹⁸⁶, entendiendo que debido a este hecho el Estado ocupante no puede alegar razones de seguridad para mantener su presencia permanente en los TPO¹⁸⁷.

Por lo que, la situación actual sigue cayendo en la lógica de Cisjordania, territorio claramente ocupado, es decir, en el caso de *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* de 2004. La Corte determinó en esta Opinión Consultiva la prohibición en el uso del derecho a la legítima defensa al ser un territorio bajo jurisdicción israelí, y, por consiguiente, sus operaciones militares deben basarse en los derechos de una potencia ocupante, es decir, de acuerdo con el DIH, no bajo el derecho al uso de la fuerza¹⁸⁸, ya que “Israel does not claim that the attacks against it are imputable to a foreign State” y que

[med-conflict/](#)

180 LANOVOY, V., “The Use of Force by Non-State Actors and the Limits of Attribution of Conduct”, *EJIL*, vol. 28, nº 2, 2017.

181 AGNU, A/RES/56/83, “Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”, 12 December 2001, art. 2 ARSIWA / CIJ, *Certain Questions Relating to the Settlers of German Origin in the Territory Ceded by Germany to Poland*, Advisory Opinion, 1923 PCIJ Series B, No. 6, 10 September 1923, p. 22.

182 ALJAZEERA, “UN Special Rapporteur: Israel can’t claim ‘right of self-defence’”, *AlJazeera*, 15 de noviembre de 2023. <https://www.aljazeera.com/program/newsfeed/2023/11/15/un-special-rapporteur-israel-cant-claim-right-of-self-defence>

183 AGNU, A/RES/3210(XXIX), “Invitación a la Organización de Liberación Palestina”, 14 de octubre de 1974.

184 TPIY, *Prosecutor v. Mladen Naletilic, aka “Tuta” and Vinko Martinovic, aka “Stela”*, Case No. IT-98-34-T, 31 March 2003, para. 217.

185 JABER, S.S, y BANTEKAS, I., *op. cit.*, nota 90.

186 CIJ, *Legal Consequences arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem*, Advisory Opinion, 19 July 2024.

187 *Ibid.*, para. 263.

188 ULFTEIN, G., *op. cit.*, nota 83.

“the threat which it regards as justifying the construction of the wall originates within, and not outside, that territory”¹⁸⁹. La Corte también concluyó, en este mismo caso, que tampoco este derecho puede ser invocado por Israel en base a las Resoluciones del CSNU 1368(2001) y 1373(2001) –respecto a actos de terrorismo–, “Israel could not in any event invoke those resolutions in support of its claim to be exercising a right of self-defence”.¹⁹⁰

En tercer lugar, el DIP recoge el principio *ex injuria jus non oritur*, ‘los actos ilegales no pueden crear derechos’ a favor del Estado infractor¹⁹¹, es decir, Israel, el cual está en clara violación del DIP y del DIH. Por lo que este Estado no debería tener derecho al uso de la fuerza en base a unos ataques llevados a cabo sobre los TPO.

Por un lado, por la propia ilegalidad de la ocupación en sí, ya que la ocupación israelí de Palestina supone la violación directa de la Resolución 181(II) de 29 de noviembre de 1947, la cual creó al propio Estado de Israel y determinó las fronteras del mismo. Asimismo, la Corte en la Opinión Consultiva del 19 de julio del 2024 estableció que “Israel has exercised its regulatory authority as an occupying Power in a manner that is inconsistent” respecto al cumplimiento del art. 43 del Convenio II de La Haya de 1907¹⁹², es decir, que Israel no puede alegar la protección de la población bajo el DIH, debido al reiterado incumplimiento de sus obligaciones como potencia ocupante.

Por otro lado, si bien Palestina no posee estatalidad bajo el DIP –como se ha analizado–, la CIJ sí ha establecido que tiene integridad territorial, lo cual significa que el uso de la fuerza militar sobre este territorio debe estar totalmente prohibido¹⁹³, en base a la Resolución de la AGNU 2625(XXV) de 24 de octubre de 1970¹⁹⁴. Las fronteras de Palestina están reconocidas en la Resolución 181(II) de 29 de noviembre de 1947¹⁹⁵, reafirmada, entre otras, en la Resolución

189 CIJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 9 July 2004, para. 139.

190 CIJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, ICJ Reports 2004, 9 July 2004, para. 139. / CSNU, S/RES/1368 (2001), “Sobre las amenazas a la paz y la seguridad internacionales creadas por actos de terrorismo”, de 12 de septiembre de 2001. / CSNU, S/RES/1373 (2001), “Sobre las amenazas a la paz y la seguridad internacionales creadas por actos de terrorismo”, 28 de septiembre de 2001.

191 <https://lexvademecum.com/2019/12/23/ex-injuria-ius-non-oritur/#:~:text=Voz%20latina%20cuyo%20significado%20aproximado,a%20favor%20del%20Estado%20infractor>

192 CIJ, *Legal Consequences arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem*, Advisory Opinion, 19 July 2024, para. 141. / Art. 43 del Convenio II de La Haya: “Habiendo pasado de hecho la autoridad del poder legal a manos del ocupante, éste tomará todas las medidas que de él dependan para restablecer y asegurar en cuanto sea posible el orden y la vida públicos, respetando, salvo imposibilidad absoluta, las leyes vigentes en el país.”

193 CIJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, ICJ Reports 2004, 9 July 2004, para. 87.

194 AGNU, A/RES/2625(XXV), “Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas” (A/8082), 24 de octubre de 1970.

195 Véase, por ejemplo: CSNU, S/RES/478(1980), 20 de agosto de 1980. / CSNU, S/RES/2334(2016), 23 de diciembre de 2016.

del CSNU 242(1967) de 22 de noviembre de 1967¹⁹⁶. Por ello Israel debería haberse abstenido de hacer uso de la fuerza, ya que esta ha sido utilizada “para violar las líneas internacionales de demarcación”¹⁹⁷, ya que la Franja de Gaza constituye una parte integral de Palestina que fue ocupada en 1967¹⁹⁸.

Además, la actitud israelí es contraria al ejercicio de la legítima defensa, debido a que “la ejecución de la ocupación, en violación de los principios de urgencia, necesidad y proporcionalidad, excede los límites razonables de la legítima defensa y supone un uso ilegal de la fuerza”¹⁹⁹. La ‘Operación Espadas de Hierro’ se ha caracterizado por su brutalidad, escapando de toda lógica, especialmente en lo que respecta al principio de proporcionalidad, más si se tiene en cuenta que la liberación de rehenes mediante los métodos de destrucción utilizados, así como la posibilidad de un nuevo ataque de Hamás, son más que improbables²⁰⁰.

En cuarto lugar, no hay que olvidar el derecho a la libre determinación de los palestinos, recogido en la Resolución de la AGNU 3236(XXIX) de 22 de noviembre de 1974, ya que el derecho a la libre determinación supone que “(t)odo Estado tiene el deber de abstenerse de recurrir a cualquier medida de fuerza que prive de su derecho a la libre determinación y a la libertad y a la independencia a los pueblos aludidos en la formulación del principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación”²⁰¹.

Por lo que, el derecho a la legítima defensa que justifica poseer Israel se diluye cuando se entra a valorar que los palestinos, como pueblo, tienen derecho a ejercer la libre determinación. En este caso, se observa, como se ha estudiado anteriormente, que Israel ha violado sistemáticamente este derecho, inherente a todo pueblo, así lo declaró la Corte, “Israel’s unlawful policies and practices are in breach of Israel’s obligation to respect the right of the Palestinian people to self-determination”²⁰².

Finalmente, en respuesta a la pregunta de si Israel tiene derecho o no al uso de la legítima defensa, es complejo determinar qué será lo que la Corte establezca, pero, sin lugar a dudas, tendrá en cuenta los hechos anteriormente expuestos. En este momento, se podría concluir que

196 CSNU, S/RES/242(1967), 22 de noviembre de 1967. /AGNU, 3236(XXIX), “Cuestión de Palestina”, 22 de noviembre de 1974. / AGNU, A/RES/66/146, “El derecho del pueblo palestino a la libre determinación”, 19 de diciembre de 2011.

197 AGNU, A/RES/2625(XXV), “Declaración relativa a los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”, 24 de octubre de 1970.

198 CSNU, S/RES/2720(2023), 22 de diciembre de 2023.

199 COMITÉ PARA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS INALIENABLES DEL PUEBLO PALESTINO-ONU, *La Legalidad de la Ocupación israelí del Territorio Palestino Ocupado incluida Jerusalén Oriental*, Naciones Unidas, 2023, p. 109. https://www.un.org/unispal/wp-content/uploads/2024/01/Legal-Study_Spanish.pdf

200 ULFTEIN, G., *op. cit.*, nota 83.

201 AGNU, A/RES/2625(XXV), “Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas” (A/8082), 24 de octubre de 1970.

202 CIJ, *Legal Consequences arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem*, Advisory Opinion, 19 July 2024, para. 243.

Israel no puede apelar al derecho a la legítima defensa dadas las circunstancias del caso, menos aún ante la falta de observancia de los principios de este derecho, así como de toda norma que regula la ocupación y de los principios básicos del DIP y del DIH.

IV. LA POSIBLE COMISIÓN DEL CRIMEN DEL GENOCIDIO POR PARTE DEL ESTADO JUDÍO CONTRA EL PUEBLO PALESTINO

A fin de demostrar que Israel está cometiendo un genocidio contra la población civil palestina gazatí, la Corte deberá atender al contexto estudiado, así como a la escala de violencia contra el grupo en cuestión y los elementos que sugieran odio hacia el mismo o un deseo de destruirlo²⁰³.

Por lo que, en este epígrafe se estudiará, en primer lugar, el crimen de genocidio, los conceptos básicos y elementos que lo conforman, especialmente el elemento mental o *mens rea*. Posteriormente, aplicando los conocimientos respecto a la ‘Cuestión de Palestina’ ya expuestos, se analizará si existen verdaderamente vestigios o no de la comisión de un posible genocidio por parte del Estado de Israel.

1. El crimen de crímenes

El crimen de genocidio es un crimen tan antiguo como la humanidad misma²⁰⁴, pero la destrucción parcial o total de grupos humanos, es decir, el genocidio, no recibió este nombre hasta 1944 de la mano de Raphael Lemkin²⁰⁵. El genocidio fue calificado como crimen bajo el DIP mediante Resolución 96(I) de la AGNU del 11 de diciembre de 1946, debido a su “horrendous destructive potential”²⁰⁶, siendo calificado como el “ultimate crime”²⁰⁷ o el “crime of crimes”²⁰⁸.

La Resolución 96(I) del 11 de diciembre de 1946 definió el genocidio como “una negación del derecho de existencia a grupos humanos enteros de la misma manera que el homicidio es la negación de un individuo humano del derecho a vivir”²⁰⁹. Por ello, la prohibición del genocidio es *jus cogens*²¹⁰ y su prevención es *erga omnes*²¹¹. Posteriormente, la Convención para

203 SCHABAS, W.A., *Genocide in International Law*, Cambridge University Press, 2nd ed., 2009, p. 265.

204 SARTRE, J-P., “On Genocide”, *Crimes of War*, New York: Random House, 1968, p. 534. Incluso Winston Churchill nombró al ‘genocidio’ como “the crime without a name”, en KUPER, L., *Genocide, Its Political Use in the Twentieth Century*, New Haven: Yale University Press, 1981, p. 12.

205 LEMKIN, R., “Genocide as a crime under International Law”, *The American Journal of International Law*, 4th ed., vol. 41, n° 1, enero de 1947, pp. 133-151: *Genos-*: nación, raza o tribu; *-cadere*: matar.

206 KREß, C., “The Crime of Genocide under International Law”, *International Criminal Law Review*, vol. 6, 2006, p. 471.

207 AKHAVAN, P., “Enforcement of the Genocide Convention: a Challenge to Civilization”, *Harvard Human Rights Journal*, vol. 8, p. 229

208 TPIR, *Prosecutor v. Kambanda*, Judgment, Case No. ICTR-97-23-S, 4 de septiembre de 1998, para. 16, p. 7.

209 AGNU, A/RES/96(I), “El crimen de genocidio”, 55ª sesión plenaria, 11 de diciembre de 1946.

210 CIJ, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1951, 28 May 1951, p. 23.

211 CIJ, *Bosnia-Herzegovina v. Yugoslavia*, Judgment, ICJ Reports 1996, 11 July 1996, para. 31, p. 615.

la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 9 de diciembre de 1948 tipificó este crimen, imponiendo la obligación *erga omnes partes* de impedir, perseguir y sancionar a todos aquellos que lo cometan.

Desde la adopción de la Convención, la comunidad internacional se ha visto incapaz de impedir la comisión de nuevos genocidios, destacando casos como el genocidio camboyano por los Jemeres Rojos del Pol Pot de 1975²¹², la masacre musulmana de Srebrenica de 1991²¹³, el genocidio tutsi a manos de los hutus en Ruanda en 1994²¹⁴, o el genocidio rohingya por Myanmar en el 2018²¹⁵, entre otros. Por ello, la Convención, la cual posee elementos de derecho penal internacional, DIH y Derechos Humanos²¹⁶, ha sido denominada como “the forgotten convention”, debido a que carece de un órgano o comité para su implementación que evite la comisión de dicho crimen²¹⁷.

El crimen de genocidio es un crimen muy complejo, caracterizado por la vaguedad de su definición en el Art. II de la Convención:

“En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal (...)”

Esta vaguedad provoca problemas tanto a la hora de interpretar la Convención como de perseguir y castigar a los perpetradores de dicho crimen²¹⁸. Se puede extraer a partir de esta definición que el crimen de genocidio está formado por dos elementos: material –*actus reus*– y mental –*mens rea*–. Este crimen no es, además, un crimen de resultado, sino un crimen de intención²¹⁹.

A. ELEMENTOS MATERIALES

Este primer elemento está formado así mismo por dos: los grupos protegidos y los actos constitutivos de genocidio.

212 Véase: EXTRAORDINARY CHAMBERS IN THE COURTS OF CAMBODIA (ECCC), *Khieu Samphan and Nuon Chea*, Case 002/02, 4 April 2014. <https://www.eccc.gov.kh/en/case/topic/1298>

213 Véase: TPIY, *Karadzic and Mladic*, Judgement / Sentence Trial Chamber III, Case No. IT-95-5/18, 24 March 2016.

214 Véase: ONU, “The Genocide”, *United Nations | International Residual Mechanism for Criminal Tribunals*. <https://unictr.irmct.org/en/genocide>

215 Véase: CIJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*.

216 SCHABAS, W.A., *op. cit.*, nota 203, p. 6.

217 SCHABAS, W.A., “The Genocide Convention at Fifty”, *United States Institute of Peace*, Special Report, 7 January 1999, p. 1. <https://www.usip.org/publications/1999/01/genocide-convention-fifty>

218 RUEBNER, R., “The Evolving Nature of the Crime of Genocide”, *John Marshall Law Review*, vol. 38, n° 4, 2005, pp. 1231-1232.

219 INTERNATIONAL LAW COMMISSION (ILC), *Report of the International Law Commission on the Work of Its Forty-Eighth Session*, art. 17(18), UNGAOR, 51st Sess., Supp. N. 10, UN Doc. A/51/10 (1996).

En primer lugar, los grupos protegidos por la Convención están delimitados en la propia definición, a saber: “nacional, étnico, racial o religioso”²²⁰. Esto significa que el resto de los grupos, tales como políticos o sociales, no quedan protegidos bajo la Convención, es decir, no es posible cometer un genocidio contra estos grupos²²¹.

Los grupos protegidos se caracterizan por “cohesiveness, homogeneity, inevitability membership, stability, and tradition”²²², es decir, se tratan de entidades estables, pero sin necesidad de que exista un sentimiento de pertenencia ni que se haya nacido en el mismo²²³. Por lo tanto, la Corte debe estudiar caso por caso, atendiendo a criterios más bien subjetivos, es decir, a las percepciones de la víctima y del perpetrador de que ambos forman grupos distintos²²⁴.

En segundo lugar, los *actus reus*, es decir, los actos de genocidio, los cuales están recogidos en el Art. II de la Convención. Estos actos deben darse con “sufficient gravity”²²⁵ a fin de que sea posible, es decir, de que sea viable, alcanzar el fin del crimen mediante la comisión de los mismos. Estos actos son:

- (a) Matanza de miembros del grupo: no hay un mínimo de personas que deban morir para ser considerado genocidio, el hecho de que una persona muera es suficiente²²⁶;
- (b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo: la dignidad de una persona es afectada, provocando “a grave and long-term disadvantage to a person’s ability to lead a normal and constructive life”²²⁷;
- (c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial: es decir, la progresiva muerte del grupo, “subjecting a group of people to a subsistence diet, systematic expulsion from homes and the reduction of essential medical services below minimum requirement”²²⁸;
- (d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo: el método en sí no tiene que ser el más efectivo, pero objetivamente sí puede llevar a impedir la continuación del grupo en sí. Estas medidas pueden ser “sexual mutilation, the prac-

220 Art. II de la Convención.

221 BETTWY, D.S., “The Genocide Convention and Unprotected Groups: Is the Scope of Protection Expanding under Customary International Law?”, *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, vol. 2, n° 1, enero de 2011, pp. 171-172.

222 LIPPMAN, M., “The Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: fifty years later”, *Arizona Journal of International and Comparative*, vol. 15, n° 2, 1998, p. 455.

223 ONU, UN Doc. A/C.6/SR. (1948), 6th Comm., 3rd Sess., 10 December 1948. <https://digitallibrary.un.org/record/698144?v=pdf>

224 UN SECURITY COUNCIL, *Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the Secretary-General*, 509, UN Doc. S/2005/60, 1 February 2005.

225 Estatuto de Roma, art. 17(1)(d).

226 LIPPMAN, M., *op. cit.*, nota 222, p. 456.

227 TPIY, *Prosecutor v. Krstić*, Judgement, IT-98-33-T, 2 August 2001, paras. 510-513.

228 TPIY, *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, Judgement, Case No. ICTR-96-4-T, 2 September, para. 506.

tice of sterilization, forced birth control, separation of the sexes and prohibition of marriages”²²⁹, y violaciones²³⁰.

- (e) Traslado a la fuerza de niños del grupo a otro grupo: impidiendo de esta forma la viabilidad del grupo²³¹.

A estos *actus reus* también deben sumarse otros actos establecidos en el Art. III de la Convención que también pueden ser sancionados:

La asociación para cometer genocidio: acuerdo sobre un plan para perpetrar un genocidio²³²;

La instigación directa y pública a cometer genocidio: depende de la sociedad y el lenguaje, debiendo observarse caso por caso²³³;

La tentativa de genocidio: es decir, no prevenir la comisión de genocidio;

La complicidad en el genocidio: planeando, instigando, ordenando o ayudando al mismo con el objetivo de destruir a un grupo²³⁴.

B. ELEMENTO MENTAL

El segundo elemento del genocidio es el *mens rea*, el cual “represents the moral and psychological element of criminal behavior”²³⁵, es decir, la existencia de una verdadera y específica intención de destruir a un grupo determinado de personas. Por lo que, el genocidio no puede producirse por accidente o negligencia²³⁶. Sin embargo, esta intención no tiene que ser contra todos los individuos de un grupo determinado, ya que “the intention to destroy must be directed at least against an important part of the group”²³⁷, es decir, contra una parte substancial del grupo en sí, lo cual puede reducirse a individuos o grupos de personas que representan en dicho grupo la vida cultural o religiosa²³⁸, es decir, “must be significant enough to have an impact on the group as a whole”²³⁹.

229 TPIY, *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, Judgement, Case No. ICTR-96-4-T, 2 September, para. 507.

230 TPIY, *Prosecutor v. Athanase Seromba*, Appeal Judgment, Case No. TPIY-2001-66-A, 12 March 2008, para. 36

231 ONU, Report of the Commission to the General Assembly, *Yearbook of the International Law Commission*, 1996, A/CN.4/SER.A/1996/Add.I (Part 2), Nueva York, 1998, para. 17, p. 46.

232 TPIY, *Prosecutor v. Musema*, Judgement, TPIY-96-13-T, 27 January 2000, para. 191.

233 TPIY, *Prosecutor v. Muvunyi*, Judgement, TPIY-2000-55A-T, 12 September 2006, para. 502.

234 CSNU, S/RES/827 (1993), “Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia”, 25 de mayo de 1993, art. 7(1). / CSNU, S/RES/955 (1994), “Estatuto del Tribunal Internacional para Rwanda”, 8 de noviembre de 1994, art. 6(1).

235 JOVANOVIĆ, A., ““Actus reus” and “mens rea” international criminal genocide”, *Politics & Security*, vol. 5, n° 3, 2021, p. 7.

236 TOURNAYA, C., “Genocidal Intent before the ICTY”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 52, n° 2, 2003, p. 450. / SCHABAS, W.A., *op. cit.*, nota 203, p. 241.

237 TPIY, *The Prosecutor v. Goran Jelisić*, Trial Judgment, 14 December 1999, para. 82.

238 TPIY, *Prosecutor v. Goran Jelisić*, Trial Judgment, Case No. IT-95-10-T, 14 December 1999, para. 82. / TPIY, *Prosecutor v. Radislav Krstić*, Appeals Chamber Judgment, Case No. IT-98-33-A, 19 April 2004, paras. 8-12.

239 CIJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, ICJ Reports 2007, 26 February 2007, para. 198. / ONU, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1985/6, para. 29, p. 16.

El *mens rea* está dividido también en dos subelementos. Por un lado, la intención general, es decir, el conocimiento de los elementos materiales y de la intención del autor. Por otro lado, la intención específica, *dolus specialis*, el cual es el “key element” del crimen, ya que constituye la “psychological relationship between the physical result and the mental state of the perpetrator”²⁴⁰.

El *dolus specialis* es el elemento central de este crimen²⁴¹, y resulta el más problemático de demostrar, debido a que en el crimen de genocidio no solo se tiene que probar la comisión de *actus reus*, sino que también que estos se cometieron con la única intención de destruir a un grupo determinado²⁴². Este elemento permite distinguir al genocidio de los crímenes de guerra y los de lesa humanidad²⁴³, pero es considerado “the greatest setback to genocide”²⁴⁴ al ser casi imposible de satisfacer, siendo la primera vez que se observó este elemento en el caso *Akayesu* en 1998²⁴⁵. Sin embargo, en este caso, la doctrina aplicó el ‘indirect intent’ –*dolus eventuales*–, es decir, que el perpetrador del genocidio, que no era el ideólogo del mismo, debería haber sabido del peligro de sus actos, en otras palabras, debería ser capaz de intuir que esos actos podrían conllevar la destrucción de un grupo protegido²⁴⁶ –actos del Art. II(c) de la Convención–. Por lo que, los acusados de actos de genocidio sí deben ser conscientes de que las consecuencias de sus actos pueden desembocar en un genocidio²⁴⁷, en atención a los actos cometidos y a la viabilidad del objetivo último²⁴⁸.

Raphael Lemkin, ideólogo de la tipificación de este crimen, llegó a mencionar en diversas ocasiones que un genocidio precisa de un plan *sine qua non* para ser cometido²⁴⁹, pero ciertas Cortes internacionales entienden que este plan o política no constituye un elemento de genocidio, aunque “it would appear that it is not easy to carry out a genocide without such a plan, or organisation”, constituyendo así una “strong evidence of the specific intent”²⁵⁰. No obstante, la complejidad a la hora de demostrar este elemento ha ido en aumento, ya que también se ha introducido el concepto de “in the contexto of”, incluyendo los actos iniciales, es decir, “manifest pattern

240 AMBOS, K., “What does “intent to destroy” in genocide mean?”, *International Review of the Red Cross*, vol. 91, n° 876, 2009, p. 834.

241 GREENAWALT, A.K.A., “Rethinking Genocidal Intent: The Case for a Knowledge-based Interpretation”, *Columbia Law Review*, vol. 99, n° 8, diciembre de 1999, p. 2266.

242 HERNÁNDEZ GLEIDER, *International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2nd ed., 2022, pp. 456-457.

243 AKSAR, Y., “The Specific Intent (*Dolus Specialis*) Requirement of the Crime of Genocide: Confluence or Conflict between the Practice of *Ad Hoc* Tribunals and ICJ”, *International Relations*, vol. 6, n° 23, 2009, p. 117. / CRYER, R., ROBINSON, D., y VASILIEV, S., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, 4th ed., 2019, p. 526.

244 TRAVIS, H., “On the Original Understanding of the Crime of Genocide”, *Genocide Studies and Prevention: An International Journal*, vol. 7, n° 1, 2012, p. 30.

245 TPIY, *Prosecutor v. Akayesu*, Trial Judgement, Case No. ICTR-96-4-T, 2 September 1998, para. 523.

246 *Ibid.*, paras. 518-519.

247 SCHABAS, W.A., *op. cit.*, nota 203, p. 253.

248 TPIY, *Prosecutor v. Blagojevic and Jokic*, Trial Judgment, Case No. IT-02-60-T, 17 January 2005, paras. 786-787.

249 LEMKIN, R., *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation. Analysis of Government, Proposals for Redress*, Washington: Carnegie Endowment for World Peace, 1944, p. 79.

250 TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA (TPIR), *The Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana*, Trial Judgement, Case No. ICTR-95-1-T, 21 May 1999, paras. 94 y 276.

of similar conduct²⁵¹. Por lo que, no hay uniformidad de criterios entre las diferentes Cortes y Tribunales penales internacionales que han tratado casos de posible genocidio²⁵².

2. Vestigios de genocidio palestino a manos de Israel

Sudáfrica trajo la presente causa contra Israel ante la Corte por la posible comisión de un crimen de genocidio, debido a que observó que este Estado está llevando a cabo *actus reus* con intención “to destroy the Palestinians in Gaza”. No obstante, la Corte no entra a valorar si existe o no intención genocida, simplemente se basa en los hechos y, a partir de estos y del contexto, estudia la viabilidad de provocar un daño irreparable sobre los derechos de los palestinos. Sin embargo, Israel considera que es imprescindible que el *dolus specialis* quede probado para poder adoptar medidas provisionales²⁵³, pero, de acuerdo con la Corte, entrar a valorar en este momento del procedimiento la intención específica de genocidio sería, en sí mismo, estudiar el fondo del asunto²⁵⁴.

Los *actus reus* enumerados por Sudáfrica que pueden englobarse en el Art. II de la Convención, recogidos por la Corte en sus Órdenes de medidas provisionales, son:

Matanzas de miembros del grupo: “25,700 Palestinians have been killed, over 63,000 injuries have been reported, over 360,000 housing units have been destroyed or partially damaged and approximately 1.7 million persons have been internally displaced”²⁵⁵. En la actualidad, la cifra de fallecidos asciende a más de 34.800 palestinos, especialmente niños²⁵⁶, y a casi dos millones de personas forzosamente desplazadas dentro del territorio gazatí²⁵⁷.

Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo: la situación de destrucción, ataques indiscriminados y desamparo, junto a la pérdida de la práctica totalidad de los bienes, así como de numerosos seres queridos, suponen atentar contra la salud y la integridad de la sociedad civil palestina tanto de forma física como psíquica.

Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial²⁵⁸:

Por un lado, la situación de hambruna generalizada ocasionada por Israel sobre la población gazatí, mediante la destrucción intencionada de suministros de socorro y de ayuda humanitaria

251 INTERNATIONAL CRIMINAL COURT (ICC), *Elements of Crimes*, 2013, art. 6.

252 Véase, por ejemplo: TPIR, *The Prosecutor v. Siméon Nchamihigo*, Judgement and Sentence, Case No. ICTR-01-63-T, 12 November 2008, para. 331.

253 CIJ, *South Africa v. Israel*, Provisional Measures, Order, 26 January 2024, para. 40.

254 CIJ, *South Africa v. Israel*, Provisional Measures, Order, 26 January 2024, para. 30.

255 CIJ, *South Africa v. Israel*, Provisional Measures, Order, 26 January 2024, para. 46, p. 15: OCHA, *Hostilities in the Gaza Strip and Israel – reported impact*, Day 109, 24 de enero de 2024.

256 Los niños gozan, o deberían gozar, de especial protección durante el transcurso de un conflicto armado: art. 77 del PA I: Protección de los niños, y arts. 23-24, 38, 50, 70 y 94 del IV Convenio de Ginebra.

257 OCHA, *Hostilities in the Gaza Strip and Israel – reported impact | Day 234*. <https://www.ochaopt.org/content/hostilities-gaza-strip-and-israel-reported-impact-day-234>

258 OHCHR, “Israel working to expel civilian population of Gaza, UN expert warns”, *UN Press release*, 22 de diciembre de 2023. <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2023/12/israel-working-expel-civilian-population-gaza-un-expert-warns>

básicos y urgentes para la supervivencia de la población, así como los cortes sistemáticos de agua, luz y electricidad²⁵⁹. Además, Israel ha prohibido desde el inicio de la ‘Operación Espadas de Hierro’ el acceso de ayuda humanitaria a las zonas afectadas²⁶⁰, así mismo también ha atacado a cooperantes internacionales²⁶¹.

Diversos informes, tanto de la ONU como de organizaciones internacionales, aprecian la situación de hambruna y de propagación de enfermedades a la que se ha sumido a la población gazatí²⁶², que conlleva a que el “93% of the population in Gaza is facing crisis levels of hunger, with insufficient food and high levels of malnutrition (...) Starvation, destitution and death are evident”²⁶³, dando lugar a una hambruna sin precedentes²⁶⁴. Además, en la época estival, el

-
- 259 ABU ALOUF, R., y SLOW, O., “Gaza ‘soon without fuel, medicine and food’ – Israel authorities”, *BBC*, 9 de octubre de 2023. <https://www.bbc.com/news/world-middle-east-67051292> / KAYUM AHMED, A., “Israeli Authorities’ Cutting of Water Leading to Public Health Crisis in Gaza. End Blockade, Restore Water and Electricity, Allow in Fuel”, *Human Rights Watch*, 16 de noviembre de 2023. <https://www.hrw.org/news/2023/11/16/israeli-authorities-cutting-water-leading-public-health-crisis-gaza> / Médicos Sin Fronteras, GAZA: “We don’t have electricity. There’s no water in the hospital. There’s no food”, *Médicos Sin Fronteras*, 14 de noviembre de 2023. <https://msf.org.au/article/project-news/gaza-we-dont-have-electricity-theres-no-water-hospital-theres-no-food>
- 260 HUMAN RIGHTS WATCH, “Israel: Starvation Used as Weapon of War in Gaza. Evidence Indicates Civilians Deliberately Denied Access to Food, Water”, *Human Rights Watch*, 18 de diciembre de 2023. <https://www.hrw.org/news/2023/12/18/israel-starvation-used-weapon-war-gaza> / Amnistía Internacional, Israel defying ICJ ruling to prevent genocide by failing to allow adequate humanitarian aid to reach Gaza, *Amnistía Internacional News*, 26 de febrero de 2024. <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2024/02/israel-defying-icj-ruling-to-prevent-genocide-by-failing-to-allow-adequate-humanitarian-aid-to-reach-gaza/#:~:text=Israel%20has%20not%20only%20woefully,violation%20of%20its%20obligation%20to> / SPARKS, R., HARB, H., y ABDEL HAMID, O.N., “In-depth: Israeli attempt to circumvent UN contributes to Gaza aid chaos”, *The New Humanitarian*, 1 de abril de 2024. <https://www.thenewhumanitarian.org/news-feature/2024/04/01/Israel-circumvent-UN-aid-Gaza> / BASHI, S., “Israel Still Blocking Aid to Civilians in Gaza. Collective Punishment of Palestinians is a War Crime”, *Human Rights Watch*, 23 de octubre de 2023. <https://www.hrw.org/news/2023/10/23/israel-still-blocking-aid-civilians-gaza> / PLAZAS, N., “En imágenes: civiles palestinos reciben toda la ira de la operación ‘Espada de hierro’ israelí”, *France24*, 9 de octubre de 2023. <https://www.france24.com/es/medio-oriente/20231008-en-imagenes-civiles-palestinos-reciben-toda-la-ira-de-la-operacion-c3%B3n-espada-de-hierro-israel-c3%AD>
- 261 ONU, “Gaza health workers pushed to the limit amid airstrike ‘carnage’”, *UN News*, 26 de diciembre de 2023. <https://news.un.org/en/story/2023/12/1145077> / ONU, “Speakers in Security Council Condemn Deadly Israeli Airstrikes on Aid Workers in Gaza, Urge Immediate Action to End Violations of International Humanitarian Law”, SC/15653, 5 de abril de 2024. / Euronews, “Bodies of six foreign aid workers killed in Israeli airstrike moved out of Gaza”, *Euronews*, 3 de marzo de 2024. <https://www.euronews.com/2024/04/03/israel-draws-fire-for-death-of-aid-workers-as-charities-pull-out-of-gaza> / REUTERS, “U.N. observes minute’s silence for 101 staff killed in Gaza”, *Reuters*, 13 de noviembre de 2023. <https://www.reuters.com/world/un-observes-minutes-silence-101-staff-killed-gaza-2023-11-13/>
- 262 UNICEF, “Intensifying conflict, malnutrition and disease in the Gaza Strip creates a deadly cycle that threatens over 1.1 million children”, *UNICEF Press release*, 5 de enero de 2024. <https://www.unicef.org/press-releases/intensifying-conflict-malnutrition-and-disease-gaza-strip-creates-deadly-cycle> / World Health Organization (WHO), “Lethal combination of hunger and disease to lead to more deaths in Gaza”, *WHO News*, 21 de diciembre de 2023. <https://www.who.int/news/item/21-12-2023-lethal-combination-of-hunger-and-disease-to-lead-to-more-deaths-in-gaza>
- 263 CIJ, *South Africa v. Israel*, Provisional Measures, Order, 26 January 2024, para. 48, p. 16: WHO, “Lethal combination of hunger and disease to lead to more deaths in Gaza”, 21 de diciembre de 2023; World Food Programme, “Gaza on the brink as one in four people face extreme hunger”, 20 de diciembre de 2023.
- 264 CIJ, *South Africa v. Israel*, Provisional Measures, Order, 28 March, 2024, para. 21: OCHA, “Hostilities in the Gaza Strip and Israel — reported impact, Day 169”, 25 March 2024.

aumento de las temperaturas preocupaba especialmente, y estos temores no fueron infundados debido al fallecimiento de numerosos civiles por la combinación del calor y de la gran desnutrición provocada por la falta de suministros²⁶⁵.

Por otro lado, la práctica totalidad de los edificios civiles en la Franja de Gaza han sido destruidos. Desde la ONU, diversos informes concluyen que “Gaza has become a place of death and despair. (...) Gaza has simply become uninhabitable. Its people are witnessing daily threats to their very existence — while the world watches on”, quedando la supervivencia de los palestinos en grave peligro²⁶⁶.

Destaca especialmente el ataque sobre el hospital Al Shifa, del cual solo quedaron los cimientos, aunque si bien Israel señaló la existencia de túneles de Hamás en el mismo, en el momento del ataque este hospital era el único operativo en la Franja de Gaza, lo cual conllevaba a que miles de personas se encontrasen dentro de sus instalaciones e inmediaciones²⁶⁷. Sin embargo, no ha sido el único lugar de relevancia en ser atacado, numerosos colegios —destacando el colegio de la UNRWA en el campamento de refugiados de Al-Maghazi, en el centro de Gaza²⁶⁸—, hospitales, campamentos de refugiados y mezquitas, todos ellos con un estatus de especial protección²⁶⁹, han sido atacados y, en algunas ocasiones, destruidos²⁷⁰.

265 UNRWA, *El calor extremo llega a Gaza en mitad del desplazamiento y la escasez de agua*, 30 de marzo de 2024. <https://unrwa.es/actualidad/noticias/el-calor-extremo-llega-a-gaza-en-mitad-del-desplazamiento-y-la-escasez-de-agua/> / ONU, “El calor empeora la situación humanitaria en Gaza”, *Noticias ONU. Mirada global Historias humanas*, 29 de abril de 2024. <https://news.un.org/es/story/2024/04/1529351>

266 CIJ, *South Africa v. Israel*, Provisional Measures, Order, 26 January 2024, para. 47, p. 16: OCHA, “UN relief chief: The war in Gaza must end”, Statement by Martin Griffiths, Under-Secretary-General for Humanitarian Affairs and Emergency Relief Coordinator, 5 de enero de 2024. / CIJ, *South Africa v. Israel*, Provisional Measures, Order, 24 May 2024, para. 47.

267 OHCHR, “Israel/Gaza: UN experts deplore attacks on Al-Shifa Hospital, urge States to stop the massacre”, *UN Statements and Speeches*, 3 de abril de 2024. <https://www.ohchr.org/en/statements-and-speeches/2024/04/israelgaza-un-experts-deplore-attacks-al-shifa-hospital-urge-states> / ONU, “Israel’s attack on Shifa hospital – Letter from Palestine (A/ES-10/969-S/2023/878)”, 15 November 2023”, *UN The Question of Palestine*, 15 de noviembre de 2023. <https://www.un.org/unispal/document/israels-attack-on-shifa-hospital-letter-from-palestine-a-es-10-969-s-2023-878/> / GUNTER, J., y GRITTEN, D., “Israeli forces raid Gaza City’s al-Shifa hospital”, *BBC News*, 18 de marzo de 2024. <https://www.bbc.com/news/world-middle-east-68594153>

268 UNRWA, *Maghazi Camp*. <https://www.unrwa.org/where-we-work/gaza-strip/maghazi-camp> / AlJazeera, “Gaza’s Maghazi refugee camp in ruins after deadly Israeli attack”, *AlJazeera*, 25 de diciembre de 2023. <https://www.aljazeera.com/gallery/2023/12/25/photos-gazas-al-maghazi-refugee-camp-in-ruins-after-deadly-israeli-attack>

269 Art. 18 III del IV del Convenio de Ginebra: Protección de los hospitales. / CICR, “Students, teachers and schools should always be protected in armed conflict”, *CICR Statement*, 11 de septiembre de 2023. <https://www.icrc.org/en/document/students-teachers-and-schools-should-always-be-protected-armed-conflict#:~:text=The%20Protection%20of%20education%20during,%2C%20teachers%2C%20and%20their%20schools> / CICR, “What objects are specially protected under IHL?”, *ICRC blog*, 14 de octubre de 2017. <https://blogs.icrc.org/ilot/2017/08/14/objects-specially-protected-ihl/> / MÉDICOS SIN FRONTERAS, “Protected Objects and Property”, *The Practical Guide to Humanitarian Law*. <https://guide-humanitarian-law.org/content/article/3/protected-objects-and-property/>

270 OHCHR, “Israel/Gaza: UN experts condemn destruction of judicial infrastructure, call for protection of justice operators”, *UN Press releases*, 16 de abril de 2024. <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2024/04/israelgaza-un-experts-condemn-destruction-judicial-infrastructure-call> / ONU, “Gaza: Unprecedented des-

Finalmente, también podría englobarse en este punto que Israel ha empujado a través de sus acciones militares a la población palestina a la ciudad de Rafah, en la frontera con Egipto²⁷¹, propiciando una situación de grave emergencia humanitaria²⁷². Además, ha creado un cerco total sobre la población, pero exigiéndoles huir del lugar, lo cual supone de nuevo atentar contra la integridad física y psíquica de la población, al ser harto sabido que esta opción no es posible debido al cierre de fronteras y a la destrucción casi absoluta de la Franja de Gaza²⁷³, bajo amenaza –con el visto bueno de EEUU– de perpetrar el “ataque final” contra Hamás en ese lugar, tal y como está ocurriendo en la actualidad²⁷⁴.

Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo: la destrucción de hospitales y centros médicos es una realidad en este conflicto, lo cual conlleva a que se produzcan muertes de recién nacidos al no contar con los medios para tratarlos, así mismo el sufrimiento de las mujeres embarazadas está llevando al aumento de los abortos y a complicaciones a la hora de dar a luz.²⁷⁵

Sin embargo, a pesar de todos estos elementos materiales, que ciertamente muestran un comportamiento genocida, el problema principal para establecer que Israel es responsable de un crimen de genocidio es la intención en sí de destruir a toda la población gazatí²⁷⁶. En este

truction will take tens of billions of dollars and decades to reverse”, *UN Trade & Development*, 31 de enero de 2024. <https://unctad.org/news/gaza-unprecedented-destruction-will-take-tens-billions-dollars-and-decades-reverse> / MÉDICOS SIN FRONTERAS, Gaza’s silent killings: The destruction of the healthcare system in Rafah”, *MSF Report*, 29 de abril de 2024. <https://www.msf.org/gazas-silent-killings-destruction-healthcare-system-rafaq> / ONU, “Gaza destruction impossible to even process, UN humanitarian says”, *UN News*, 30 de abril de 2024. <https://news.un.org/en/interview/2024/04/1149206> / AlJazeera, “Mapping Israel’s destruction of Gaza”, *AlJazeera*, 8 de febrero de 2024. <https://www.aljazeera.com/program/newsfeed/2024/2/8/mapping-israels-destruction-of-gaza>

271 UNRWA, *Rafah*. <https://unrwa.es/campamento/rafah/>

272 OHCHR, “Jefe de Derechos Humanos de las Naciones Unidas lamenta los horribles asesinatos de niños y mujeres en Rafah”, *Comunicados de prensa oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, 23 de abril de 2024. <https://www.ohchr.org/es/press-releases/2024/04/un-human-rights-chief-deplores-harrowing-killings-children-and-women-rafaq> / COLCHEN, G., “Rafah, convertida en campamento de desplazados, espera ahora toda la furia de Israel”, *France24*, 16 de marzo de 2024. <https://www.france24.com/es/medio-orient/20240316-rafaq-convertida-en-campamento-de-desplazados-espera-ahora-toda-la-furia-de-israel> / UNRWA, “Israel-Palestina: Un asalto a Rafah ‘podría llevar a una matanza’”, *Noticias ONU. Mirada global Historias humanas*, 14 de febrero de 2024. <https://news.un.org/es/story/2024/02/1527707>

273 CIJ, *South Africa v. Israel*, Provisional Measures, Order, 24 May 2024, paras. 44-46.

274 ONU, “‘Extraordinary, deep anxiety’ in Gaza over feared Rafah attack”, *UN News*, 30 de abril de 2024. <https://news.un.org/en/story/2024/04/1149171> / EL DEBATE, “Israel consigue el visto bueno de EE.UU. para la invasión de Rafah a cambio de un ataque limitado contra Irán”, *El Debate*, 18 de abril de 2024. https://www.eldebate.com/internacional/20240418/israel-consigue-visto-bueno-eeuu-invasion-rafaq-cambio-ataque-limitado-contr-iran_190343.html / CAVE, D., WONG, E., RASGON, A., y FULLER, T., “Netanyahu Vows to Invade Rafah ‘With or Without’ Cease-Fire Deal”, *The New York Times*, 30 de abril de 2024. <https://www.nytimes.com/2024/04/30/world/middleeast/netanyahu-invasion-rafaq-cease-fire.html>

275 MOUSA, A., “It surpassed tragedy’: the horrors of being pregnant and giving birth in Gaza”, *The Intercept*, 21 de enero de 2024. <https://theintercept.com/2024/01/31/gaza-pregnancy-childbirth-health-care/>

276 OHCHR, ALBANESE, F., A/HRC/55/73, “Anatomy of a Genocide Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights in the Palestinian territories occupied since 1967”, 25 de marzo de 2024. <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/hrbodies/hrcouncil/sessions-regular/session55/advan>

aspecto destacan las declaraciones vertidas por oficiales militares israelíes, como las mencionadas en la Orden de la CIJ del 26 de enero de 2024: “We will eliminate everything”²⁷⁷; “(...) They could have fought against that evil regime which took over Gaza in a coup d'état (...) break their backbone”²⁷⁸; así mismo han manifestado la intención de atacar a la población gazatí y someterla a tratos contrarios al DIH: “We will fight the terrorist organization Hamas and destroy it. All the civilian population in [G]aza is ordered to leave immediately. We will win. They will not receive a drop of water or a single battery until they leave the world”²⁷⁹.²⁸⁰ Sin embargo, las declaraciones recogidas por la CIJ no son aisladas, por ejemplo: “Bring down buildings!! Bomb without distinction!!... Flatten Gaza. Without mercy! This time, there is no room for mercy!”²⁸¹, así mismo han sido constantes las referencias a palestinos como “human animals”²⁸² o “monsters”²⁸³, comparándolos con ‘Amalek’, es decir, la personificación de la fobia contra los hebreos –“Now go and smite Amalek, and utterly destroy all that they have, and spare them not; but slay both man and woman, infant and suckling, ox and sheep, camel and ass”²⁸⁴–.

El conjunto de estas declaraciones puede, y debe, ser una prueba más de que la intención última de Israel, en conjunción con los actos en sí cometidos, puede ser la destrucción de los palestinos como grupo protegido bajo la Convención²⁸⁵.

No obstante, los números de muerte y destrucción no han hecho más que aumentar desde que la Corte adoptase su última Orden de medidas provisionales²⁸⁶. Por lo que, sumando la situación descrita en las órdenes, debemos analizar la situación anterior a los ataques del 7 de octu-

[ce-versions/a-hrc-55-73-auv.pdf](https://www.who.int/news/item/03-11-2023-women-and-newborns-bearing-the-brunt-of-the-conflict-in-gaza-un-agencies-warn) / WHO, “Women and newborns bearing the brunt of the conflict in Gaza, UN agencies warn”, *WHO News*, 3 de noviembre de 2023. <https://www.who.int/news/item/03-11-2023-women-and-newborns-bearing-the-brunt-of-the-conflict-in-gaza-un-agencies-warn>

277 Mr Yoav Gallant, Ministro de Defensa de Israel, 9 de octubre de 2023.

278 Mr Isaac Herzog, Presidente de Israel, 12 de octubre de 2023.

279 Mr Israel Katz, Ministro de Energía de Israel, 13 de octubre de 2023.

280 CIJ, *South Africa v. Israel*, Provisional Measures, Order, 26 January 2024, para. 52.

281 Ms Tally Gotliv, parlamentaria israelí, 7 de octubre de 2023. <https://twitter.com/YehudaShaul/status/1714301964886917631>

282 Yoav Gallant, Ministro de Defensa de Israel, 9 de octubre de 2023. <https://www.youtube.com/watch?v=ZbPdR3E4hCk>

283 Netanyahu, B, Primer Ministro de Israel, 24 de diciembre de 2023. <https://www.gov.il/en/departments/news/christmas-message-from-pm-netanyahu-24-dec-2023>

284 Netanyahu, B, Primer Ministro de Israel, 28 de diciembre de 2023. <https://www.youtube.com/watch?v=II-PkoDk6isc> / Biblia, Samuel 1, 15:3.

285 CIJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, ICJ Reports 2004, 9 July 2004, paras. 88 y 155-156. / AGNU, A/RES/2625(XXV), “Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”, (A/8082), 24 de octubre de 1970.

286 Véase: ONU, “Identical letters dated 8 October 2024 from the Permanent Observer of the State of Palestine to the United Nations addressed to the Secretary-General, the President of the General Assembly and the President of the Security Council”, A/ES-10/1012-S/2024/719, 8 October 2024. <https://www.un.org/unispal/document/palestine-letter-08oct24/> / EURO-MED MONITOR, “De-Gaza: A Year of Israel’s Genocide and the Collapse of World Order”, *Euro-Med Human Rights Monitor*, 6 de octubre de 2024. <https://reliefweb.int/report/occupied-palestinian-territory/de-gaza-year-israels-genocide-and-collapse-world-order-enar>

bre de 2023, tal y como realiza la Corte en su Opinión Consultiva *Legal Consequences arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem* de 19 de julio de 2024²⁸⁷, ya que se pueden observar numerosos actos previos y continuados de Israel que pueden constituir *actus reus* debido a la ocupación que este Estado ha ejercido sobre Cisjordania y la Franja de Gaza desde 1948:

Art. II(b): Israel, debido a su influencia internacional, junto con el apoyo de Estados aliados como EEUU, está provocando que la ‘Cuestión de Palestina’ se alargue y perpetúe en el tiempo, afectando a la integridad mental de los palestinos, quienes ven como su causa queda en saco roto al no existir una voluntad internacional de solventar esta situación, la cual fue creada por una decisión de la propia ONU, dejándolos desamparados y sin esperanzas ni perspectivas de futuro.

Art. II(c): Israel ha impuesto una fuerte represión contra la población palestina en los TPO mediante un sistema de *apartheid*, estableciendo condiciones muy duras de vida para esta población. Por un lado, gran parte de la población palestina ha sido expulsada forzosamente de sus hogares, siendo estos ocupados por colonos israelíes, impidiendo a los verdaderos propietarios, los palestinos, volver a los mismos, debido al férreo control militar. Por otro lado, Israel, como potencia ocupante, ha establecido un sistema discriminatorio contra los palestinos, aplicando a esta población protegida una legislación denigrante y represora;

Art. II(e): Los jóvenes palestinos son internados en centros de detención militares israelíes, separándolos de sus familias y, por tanto, del grupo protegido al que pertenecen, sufriendo también torturas y tratos denigrantes por parte de las autoridades israelíes;

En conclusión, Israel no solo está ocupando y explotando un tercer territorio, sino que también está destruyendo a la población natural del mismo, es decir, al pueblo palestino, mediante prácticas y políticas destinadas a desintegrar al grupo como tal. Por lo que se puede deducir que los palestinos han sufrido y sufren un proceso de deshumanización por parte de Israel, el cual constituye el “foundational to the process of genocide”²⁸⁸.

V. CONSIDERACIONES FINALES

La ‘Cuestión de Palestina’ es otro aciago ejemplo de cómo la comunidad internacional ha abandonado a su suerte a un pueblo. Ante las constantes violaciones de Derechos Humanos y el desgaste de las instituciones internacionales, los intereses políticos, ideológicos y económicos prevalecen sobre los principios básicos del Derecho Internacional Público. En este contexto, los gobiernos, en su mayoría indiferentes, permiten que se sacrifiquen los Derechos

287 Véase: CIJ, *Legal Consequences arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem*, Advisory Opinion, 19 July 2024, paras. 148-154.

288 OHCHR, ALBANESE, F., “Anatomy of a Genocide Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights in the Palestinian territories occupied since 1967”, 25 de marzo de 2024. <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/hrbodies/hrcouncil/sessions-regular/session55/advance-versions/a-hrc-55-73-auv.pdf>

Humanos y se blanqueen regímenes que infringen los valores fundamentales que deberían regir las relaciones internacionales.

Desde su fundación en 1948, Israel ha violado sistemáticamente los derechos de los palestinos: ha ocupado sus tierras, ha creado colonias en territorios palestinos, ha explotado recursos naturales y ha impuesto un régimen de *apartheid* que discrimina y reprime a la población palestina. A todo esto, se suma el hecho de que a los palestinos se les ha negado el derecho más esencial de todos: el derecho a la libre determinación. Este derecho, que es equiparable al derecho a la vida de una persona, es el fundamento de cualquier pueblo que aspire a una vida libre, pacífica y autodeterminada. Los palestinos están perdiendo tanto sus raíces como sus esperanzas, observando la imposibilidad de alcanzar un futuro próspero en una Palestina libre, mientras sufren vejaciones y tratos inhumanos, primando la indiferencia a la causa palestina y el apoyo incondicional a Israel de gran parte de la comunidad internacional.

El ataque de Hamás del 7 de octubre de 2023, aunque trágico y sancionable, no debe desviar la atención del hecho de que este evento fue simplemente la excusa que Israel necesitaba para intensificar su invasión y justificar su política represiva y genocida en Gaza. La alegada “legítima defensa” de Israel es ciertamente irónica, dado que el propio Estado israelí es el principal agresor, quien ha violado sistemáticamente las leyes internacionales, incluso la resolución que le dio a luz como Estado, cayendo en la misma retórica de la que su pueblo fue víctima, y exacerbando una crisis humanitaria ya de por sí catastrófica. En la actualidad, la mejor descripción de la situación de la Franja de Gaza es que, si bien antes era la mayor prisión al aire libre, ahora se ha convertido en “el mayor cementerio al aire libre”²⁸⁹, y la tragedia humanitaria continúa, miles de personas están perdiendo la vida, cada una de ellas refleja el fracaso de la comunidad internacional para proteger a los más vulnerables.

En este contexto, la Corte Internacional de Justicia ha dado pasos importantes al plantear la cuestión de si las acciones de Israel podrían ser consideradas genocidio. El genocidio no es solo un crimen histórico o abstracto; es una acusación muy real y pertinente que tiene sustento en los hechos. Israel ha estado cometiendo actos que constituyen genocidio contra la población palestina desde hace más de 70 años, aunque las circunstancias actuales podrían ser suficientes para calificarlo de forma igualmente explícita como tal. El elemento mental se encuentra presente en cuanta política y acción llevada a cabo por Israel en territorio palestino. Sin embargo, la viabilidad de cualquier condena internacional está en duda, dado el contexto político y la falta de un compromiso firme de la comunidad internacional para hacer cumplir las decisiones de la Corte. Los intereses geopolíticos continúan prevaleciendo, como ha sucedido con otros genocidios en la historia, lo que demuestra la debilidad de las instituciones internacionales cuando no existe un consenso global sobre la justicia y la humanidad.

La situación en Palestina e Israel es una cuestión de principios y de derechos humanos. No se trata de una cuestión de tomar partido por una u otra nación, ni de confundir la lucha por los derechos de los palestinos con el antisemitismo. Se trata de exigir justicia para todos los pue-

289 R. SUANCES, P., “Borrell denuncia que Israel usa el hambre como arma de guerra y ha creado “el mayor cementerio a cielo abierto del mundo” en Gaza”, *El Mundo*, 18 de marzo de 2024. <https://www.elmundo.es/internacional/2024/03/18/65f88e5321efa0dd7a8b458f.html>

blos y de asegurar que los valores universales, tales como la libertad, la autodeterminación y el respeto a la dignidad humana, prevalezcan por encima de los intereses políticos y económicos.

La comunidad internacional ha fallado en su responsabilidad histórica de defender estos principios, y como resultado, el pueblo palestino sigue siendo víctima de una ocupación que se prolonga en el tiempo, con consecuencias devastadoras tanto para los palestinos como para la seguridad y estabilidad global. Si realmente se busca una solución duradera y justa, la comunidad internacional debe dejar de mirar hacia otro lado y actuar en defensa del Derecho Internacional y de los derechos fundamentales de todos los pueblos, sin excepciones.

EL RETORNO AL CONCEPTO CLÁSICO DE PANDEMIA: EL NUEVO TRATADO DE LA OMS Y LA ENMIENDA DEL REGLAMENTO SANITARIO INTERNACIONAL

THE RETURN TO THE CLASSIC CONCEPT OF PANDEMIC: THE NEW WHO TREATY AND THE AMENDMENT OF THE INTERNATIONAL HEALTH REGULATIONS

ANA CRISTINA GALLEGO HERNÁNDEZ*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LAS PANDEMIAS EN UN MUNDO GLOBALIZADO. III. LA INCORPORACIÓN DE LA EMERGENCIA PANDÉMICA COMO MÁXIMO NIVEL DE ALERTA EN EL RSI. IV. EL FUTURO ACUERDO DE LA OMS SOBRE PANDEMIAS. V. CONCLUSIONES.

RESUMEN: Como consecuencia de la dura pandemia de COVID-19, el 1 de diciembre de 2021, los miembros de la OMS alcanzaron un consenso para iniciar el proceso de elaboración de un tratado internacional con el que reforzar la prevención, la preparación y la respuesta ante pandemias. Tras un largo proceso de negociaciones dicho instrumento, que será jurídicamente vinculante, se espera que finalmente se adopte en la 78ª Asamblea Mundial de la Salud de 2025. Mientras tanto, para que la comunidad internacional esté mucho mejor preparada para responder de manera rápida y coordinada ante próximos eventos que afecten a la salud internacional, también se han aprobado docenas de enmiendas al RSI. Especialmente, en coherencia con el futuro nuevo tratado de pandemias, se propone incluir un nuevo nivel de alerta. Así las cosas, el Director General de la OMS podrá declarar la existencia de una ESPII de conformidad al procedimiento tradicional y cuando las circunstancias lo justifiquen, también, proclamará que constituye una emergencia pandémica.

ABSTRACT: *On December 1, 2021, as a consequence of the COVID-19 pandemic, WHO members reached consensus to begin the negotiating an international treaty to strengthen prevention, preparedness and response in the face of pandemics. After a long process of negotiations, this instrument legally binding, is close to being adopted at the 78th World Health Assembly in 2025. Dozens of amendments to the IHR have been approved to ensure that the international community would prepare the international community to be able to provide a rapid and coordinated response to upcoming events about international health. In particular, in line with the future new pandemic treaty, it is proposed to include a new alert level. Thus, the Director General of the WHO will be able to declare the existence of a PHEIC, in accordance with the traditional procedure and, when circumstances justify it, will also declare that it constitutes a pandemic emergency.*

PALABRAS CLAVES: pandemias, OMS, tratado internacional, RSI, salud internacional.

KEYWORDS: *pandemics, WHO, international treaty, IHR, international health.*

Fecha de recepción del trabajo: 17 de octubre de 2024. Fecha de aceptación de la versión final: 22 de noviembre de 2024.

* Profesora Permanente Laboral de la Universidad de Sevilla. Email: agallegoh@us.es. Todas las referencias y enlaces a páginas de internet han sido consultados el 14 de octubre de 2024. Este trabajo se ha elaborado en una estancia de investigación en la Università Luiss G. Carli, Roma (Italia), financiada por la Ayuda movilidad III.2ª VII PPIT, concedida por la Universidad de Sevilla, y en el marco del Proyecto FEDER (SOL2024-31785), modalidad C, titulado “La aportación de Iberoamérica a la Gobernanza de los Intereses Globales (AIGIG)”, cuyo Investigador Principal (IP) es el Profesor Pablo Antonio Fernández Sánchez.

I. INTRODUCCIÓN

Desde el 30 de enero de 2020 hasta el 5 de mayo de 2023¹, el brote mundial por COVID-19 fue declarado por el Director General de la Organización Mundial de la Salud (OMS) como una emergencia de salud pública de importancia internacional (en adelante ESPII). A pesar de que, desde que se instaura este sistema de alerta y respuesta que viene estipulado en el Reglamento Sanitario Internacional de 2005 (RSI)², ésta no ha sido la única ocasión en la que se ha activado dicha alarma³; la pandemia de COVID-19, sin lugar a dudas, ha constituido el mayor reto sanitario al que se ha sometido la comunidad internacional desde que se institucionaliza⁴.

Consecuentemente, incluso antes de que se declarara superada dicha emergencia, desde muy diversos foros se venía reconociendo que “el mundo necesita defensas más sólidas contra futuros riesgos para la seguridad sanitaria mundial”⁵. Y para ello, se aseveraba la necesidad de que se modificase “el sistema en su conjunto a fin de superar el fracaso manifiesto [y poder] prevenir, contener y mitigar los efectos de una pandemia”⁶ y, como no puede ser de otro modo, que prevalezca la Salud Pública Global.

En este sentido, con el impulso de distintos líderes políticos internacionales⁷, como abordaremos de manera más detallada a lo largo de este trabajo, el 1 de diciembre de 2021, los Estados

-
- 1 OMS, Discurso del Director de la OMS, Declaración del Director General de la OMS sobre la reunión del Comité de Emergencia del Reglamento Sanitario Internacional acerca del nuevo coronavirus (2019-nCoV), 30 de enero de 2020, *op. cit.* OMS, Discurso del Director de la OMS, Alocución de apertura del Director General de la OMS en la rueda de prensa, 5 de mayo de 2023. Disponible en: <https://www.who.int/es/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing---5-may-2023>
 - 2 Adoptado por la OMS en 1951 y, hasta la fecha, modificado en 1969, 1981 y 2005. Adoptado por la Asamblea Mundial de la Salud el 23 de mayo de 2005, WHA58.3 “Revisión del Reglamento Sanitario Internacional”, en vigor desde el 15 de junio de 2007 de acuerdo con el artículo 59 del mismo.
 - 3 Como desde finales del siglo pasado se venía vaticinando, en la última década hemos sido testigos de la declaración por la Organización Mundial de la Salud (OMS) de seis enfermedades como Emergencia de Salud Pública de importancia internacional (ESPII): la Gripe A (H1N1) en 2009, la Poliomielitis en 2014, el Ébola en 2014 y 2019, el Zika en 2016, la COVID-19 en 2020 o la Viruela símica en 2022.
 - 4 Aunque al parecer de esta autora se aprecia cierta desmesura porque se nos ocurren otros eventos y catástrofes dignos de resaltar, el propio Consejo Europeo ha llegado a manifestar que “la pandemia de COVID-19 es el mayor reto para la comunidad mundial desde los años cuarenta del siglo XX”. Consejo Europeo, Comunicado de prensa, “«La COVID-19 demuestra por qué es necesaria la unidad para construir una arquitectura sanitaria internacional más sólida»: artículo de opinión del presidente Charles Michel, el director general de la OMS, Tedros Adhanom, y más de veinte dirigentes mundiales”. Disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2021/03/30/pandemic-treaty-op-ed/>
 - 5 Traducción de la autora. European Council, Statements and remarks, “G7 Leaders’ statement, 19 February 2021”. Disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2021/02/19/g7-February-leaders-statement/>
 - 6 Panel Independiente de Preparación y Respuesta a la Pandemia, “COVID– 19. Hagamos que esta sea la última pandemia”, A74/INF./2, 12 de mayo de 2021. Disponible en: <https://theindependentpanel.org/wp-content/uploads/2021/05/COVID-19-SpanishFinal.pdf>
 - 7 La propuesta de un tratado internacional sobre pandemias fue anunciada por primera vez por el presidente del Consejo Europeo, Charles Michel, en el Foro de París sobre la Paz celebrado en noviembre de 2020. Delegation of the European Union to the UN and other international organisations in Geneva, Towards an international agreement on pandemic prevention and preparedness”. Disponible en: <https://www.eeas.europa.eu/eas/media-division/press-room/2020/11/19-paris-forum-on-peace>

miembros de la OMS se reunieron en una sesión extraordinaria de la Asamblea Mundial de la Salud⁸ en la que, por consenso, decidieron iniciar el proceso de elaboración y negociación de un tratado internacional para reforzar la prevención, la preparación y la respuesta ante pandemias y, así, confeccionar el tercer instrumento jurídicamente vinculante de la historia adoptado en el seno de la OMS⁹, el cual supone uno de los dos objetivos principales de estudio de este trabajo de investigación.

Sin embargo, esto no es todo. De manera paralela, en este mismo foro y como parte de este proceso de mejora, hasta hace unos meses se han estado debatiendo múltiples enmiendas al RSI con el evidente objetivo de reforzar sus debilidades y de que, congruentemente, complemente al futuro nuevo tratado. Porque, ¿cómo se va a adoptar un tratado internacional sobre pandemias si dicho concepto ni aparece reflejado en el propio RSI? Así las cosas, pese al enorme interés que nos suscita esta actualización, por necesidad de acotar los objetivos de la investigación, dichas enmiendas no pretenden analizarse de manera íntegra, aunque como segundo propósito primordial, sí que se abordará la inclusión en el referido instrumento del concepto de “emergencia pandémica” como categoría suprema de alerta.

Por tanto, como se pretende demostrar a lo largo de esta investigación, esta autora parte de la idea de que las consecuencias asoladoras de la COVID no derivaron solo de la falta de un tratado específico o fueron como causa de un Reglamento presuntamente desactualizado en el momento en el que se propagó el virus. Al revés. Recordemos –y así lo iremos abordando– que gran parte de los devastadores resultados parecen derivar de la falta de conocimiento y cumplimiento de las obligaciones recogidas en el RSI por los Estados¹⁰. En consecuencia,

europea.eu/delegations/un-geneva/towards-international-agreement-pandemic-prevention-and-preparedness-0_en?s=62

Asimismo, los dirigentes del G7 también reclamaron un tratado internacional sobre pandemias en su Declaración de 19 de febrero de 2021. European Council, Statements and remarks, “G7 Leaders’ statement, 19 February 2021”. Disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2021/02/19/g7-february-leaders-statement/>

8 Reunión extraordinaria de la Asamblea Mundial de la Salud (29 de noviembre de 2021-1 de diciembre de 2021), la segunda de toda su historia, convocada por la decisión WHA74(16) de la 74.ª Asamblea Mundial de la Salud, 31 de mayo de 2021, “Reunión extraordinaria de la Asamblea Mundial de la Salud para considerar la elaboración de un convenio, acuerdo u otro instrumento internacional de la OMS sobre la preparación y respuesta frente a las pandemias”. Disponible en: [https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA74/A74\(16\)-sp.pdf](https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA74/A74(16)-sp.pdf)

9 En el marco de la OMS, existe su propio tratado constitutivo (la Constitución de la OMS) y otros dos tratados internacionales en vigor que se han constituido en su seno: El Reglamento Sanitario Internacional y el Convenio Marco para el Control del Tabaco. Asimismo, en estos momentos se trabaja para adoptar un convenio de la OMS sobre prevención, preparación y respuesta frente a pandemias.

10 “Aunque la enfermedad del Ébola es muy distinta de la COVID-19, los países que sufrieron el ébola utilizaron esa experiencia para extraer enseñanzas que les permitieron establecer rápidamente estructuras de coordinación, movilizar personal de refuerzo y comprometerse con la población.

Las respuestas de los distintos países fueron más eficaces en los casos en que estaba clara quién era la autoridad encargada de adoptar decisiones; (...) La existencia de órganos de coordinación eficaces de alto nivel fue decisiva a la hora de determinar la capacidad de un país para adaptarse a un entorno de información cambiante; en el contexto de una pandemia causada por un nuevo patógeno, la capacidad de adaptación ha sido vital”. (...) De las 28 estrategias de respuesta nacionales analizadas por el Grupo a fondo, China, Nueva Zelandia, la República de Corea, Singapur, Tailandia y Vietnam incluyeron medidas de contención

bienvenidos sean estos cambios del sistema para mejorar la reacción ante pandemias, pero tengamos presente que la clave del éxito reside en una fuerte cooperación, en la inversión de los recursos nacionales y, en definitiva, en una gestión internacional basada en los principios de equidad, inclusión y transparencia.

Todas estas circunstancias nos llevan a plantearnos una serie de preguntas; ¿se conseguirá, por tanto, una buena gestión de las emergencias sanitarias con los cambios que se están implementando? ¿Es necesario un tratado sobre pandemias? ¿Los cambios del RSI son oportunos? ¿Hasta qué punto la comunidad internacional ha fracasado en la gestión de la COVID y si es así, por qué?

Con todo esto, los propósitos específicos que esta autora se plantea en las siguientes líneas es dilucidar por qué hemos vuelto a recurrir al término de pandemia, cuando desde 2005 se estableció el sistema de ESPII; qué diferencias existe entre pandemia y ESPII; qué tipo de alerta es la declaración de emergencia pandémica; analizar cómo la OMS ha gestionado la crisis de COVID y si realmente se requiere un nuevo instrumento para la gestión futura; como no puede ser de otro modo, se analizarán los objetivos que persigue el nuevo acuerdo sobre pandemias, su vinculación jurídica, el procedimiento que se está desarrollando hasta la inminente adopción; y, finalmente, desde la perspectiva del Derecho interno español y de manera necesariamente sucinta, cómo se ha abordado la pandemia de COVID y la incidencia que tendrá el tratado en cuestión a partir de su vigencia.

En consecuencia, para abordar satisfactoriamente estos retos, en lo que respecta a la metodología, será imprescindible analizar los instrumentos convencionales y sus objetivos, así como analizar el grado de obligatoriedad y la incidencia en el sistema, lo cual exige emplear un sincretismo metodológico, que es la fusión y el uso armónico de varios métodos similares y compatibles. En este caso, dos métodos principales. En primer lugar, el método científico cartesiano, porque los objetivos propuestos se pueden alcanzar a través del orden y el conocimiento. Es decir, se dividirán los objetivos de la investigación en dos grandes partes: el nuevo tratado sobre pandemias y las enmiendas del RSI. Y, en segundo lugar, el método jurídico-sociológico, porque es el más adecuado para un enfoque multidisciplinar como este, que exige estudiar el Derecho en conexión con la realidad social.

En referencia a las técnicas metodológicas, obviamente, se emplean distintas, como la descripción, la deducción, el análisis jurídico o la interdisciplinariedad, principalmente.

Por último, para confirmar la hipótesis y establecer unos resultados coherentes y precisos, se utilizarán numerosas fuentes, sobre todo primarias, como las normas convencionales, pero también instrumentos de carácter preparatorios e informativos.

activa del virus. La mayoría de los países que adoptaron esa estrategia canalizaron la adopción de medidas nacionales contra la COVID-19 mediante una estructura de gobernanza coordinada y centralizada”. Panel Independiente de Preparación y Respuesta a la Pandemia, “COVID– 19. Hagamos que esta sea la última pandemia”, *op. cit.*, pp. 24-25.

II. LAS PANDEMIAS EN UN MUNDO GLOBALIZADO

1. Diferencias entre pandemia y ESPII

Hasta que la Asamblea Mundial de la Salud, el pasado 1 de junio de 2024¹¹, no aprobó las últimas enmiendas al RSI¹², las cuales no están en vigor en el momento en que se redacta este trabajo, dicho instrumento ni el tratado constitutivo de la OMS recogían referencias y, mucho menos, definiciones de los clásicos términos epidemias o pandemias porque, como ya he defendido en diversas investigaciones previas, la modificación en 2005 del Reglamento, implantó la creación del sistema de prevención ante ESPII (emergencia de salud pública de importancia internacional). De manera que, durante casi dos décadas ha sido el único y, por tanto, máximo nivel de alerta internacional con el que se instaura un sistema obligacional de prevención y gestión tanto para los Estados, como para la OMS.

A este respecto conviene preguntarse, ¿qué es una ESPII? Y, ¿por qué no se emplea este término en el nuevo tratado y se vuelve a recurrir al de pandemia?

Como se define en el propio RSI desde 2005 y, así seguirá tras la vigencia de las enmiendas, la “«emergencia de salud pública de importancia internacional» significa un evento extraordinario que, de conformidad con el presente Reglamento, se ha determinado que: i) constituye un riesgo para la salud pública de otros Estados a causa de la propagación internacional de una enfermedad, y ii) podría exigir una respuesta internacional coordinada”¹³.

Complementariamente, la OMS precisó de manera muy detallada para ayudarnos a interpretar el concepto de ESPII, evidentemente, con motivo de la importancia de estos eventos, que una emergencia es “un «evento extraordinario» que podría propagarse a otros países o exigir una respuesta internacional coordinada. [Y que, de acuerdo a las pautas estipuladas en el Reglamento,] Los incidentes que pueden constituir una emergencia de salud pública de importancia internacional son evaluados por los Estados Partes mediante un instrumento de decisión que, si se cumplen determinados criterios, exige que se notifique la situación a la OMS. La notificación es obligatoria cuando se presenta un solo caso de una enfermedad que pueda poner en peligro la seguridad sanitaria mundial: viruela, poliomielitis provocada por un poliovirus de

11 OMS, 77.^a Asamblea Mundial de la Salud, Enmiendas al Reglamento Sanitario Internacional (2005), de 1 de junio de 2024, A77/A/CONF/14. Disponible en: https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA77/A77_ACONF14-sp.pdf

En vigor a partir del 19 de septiembre de 2025, a los 12 meses de la notificación del Director General a todos los Estados miembros, de acuerdo al artículo 55, 59-64 del RSI.

12 “El RSI es un tratado internacional multilateral y abierto, de conformidad a las Convenciones de Viena sobre el Derecho de los Tratados y, como tal ha quedado inscrito en el Registro General de Tratados de las Naciones Unidas. (...) [Sin embargo, también es] un acto normativo de la propia OMS. Desde la perspectiva ad extra, para los Estados claramente existe una obligación convencional. En cambio, *ad intra*, para la OMS y los Estados, las disposiciones del reglamento son jurídicamente vinculantes desde el momento de su adopción”. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A., GALLEGO HERNÁNDEZ, A. C., “Naturaleza jurídica del reglamento sanitario internacional”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, 2021, vol. 25, pp. 282-283.

13 Artículo 1 del Reglamento Sanitario Internacional (2005) y sin cambios tras últimas modificaciones aprobadas. Disponible en: <https://www.who.int/es/publications/i/item/9789241580496>

tipo salvaje, gripe humana causada por un nuevo subtipo de virus, y SRAS. Una segunda lista limitada incluye las enfermedades de impacto internacional documentado, aunque no inevitable. Los eventos causados por una enfermedad de esta segunda lista, que incluye la fiebre del Ébola, el cólera, la peste neumónica, la fiebre amarilla y otras enfermedades de importancia nacional o regional, siempre deben desencadenar el uso del instrumento de decisión del Reglamento, que permite evaluar el riesgo de propagación internacional. Así, estas dos salvaguardias generan una base mínima de seguridad al obligar a los países a responder de una manera determinada a amenazas bien conocidas. La amplitud de las definiciones de «emergencia de salud pública de importancia internacional» y de «enfermedad» permite incluir en el RSI (2005) amenazas distintas de las enfermedades infecciosas, como las provocadas por la liberación accidental o intencional de agentes patógenos o de material químico o radionuclear”¹⁴.

Así las cosas, cuando se verifique que existe una ESPII (una vez contratadas las informaciones dadas por el o los Estados implicados, por el Comité de Emergencia¹⁵, por los principios científicos, etc.) el Director General de la OMS¹⁶ emitirá una declaración oficial, con efectos jurídicos de acuerdo al RSI, comunicando¹⁷ la existencia de la misma.

Siguiendo este procedimiento, el pasado 30 de enero de 2020, el Director de la OMS, declaró “que el brote mundial por el nuevo coronavirus constituye una emergencia de salud pública de importancia internacional”¹⁸. ¿Esto significa que estamos ante una epidemia o incluso pandemia? ¿Qué implica cada uno de esos conceptos?

A pesar de que nada se dice en el presente Reglamento, en la penúltima versión de 1981, la epidemia era definida como la extensión de una enfermedad que está sujeta a regulación con motivo de la multiplicación de casos en un área¹⁹.

Complementariamente, según un informe de la OMS del año 2000, las epidemias son aquellos “acontecimientos de carácter urgente de importancia para la salud pública internacional como consecuencia de una combinación de factores, entre ellos los siguientes: falta de información correcta, desinformación e incongruencia de la información de que disponen los gobiernos na-

14 Informe sobre la salud en el mundo 2007, un porvenir más seguro Protección de la salud pública mundial en el siglo XXI, OMS, pp. 12-13. Disponible en: <http://www.who.int/whr/2007/es/>

15 Órgano ad hoc, nombrado cada periodo de sesiones e integrado por expertos procedentes de cada Estado miembros y de instituciones especializadas en la materia, respecto de los que el director general realiza una clasificación. Véase artículo 47 de la Constitución de la OMS.

16 Figura que según el artículo 31 de la Constitución de la OMS, consiste en el funcionario principal técnico y administrativo de la Organización. Es nombrado por la Asamblea a propuesta del Consejo y está sujeto a la autoridad de éste último.

17 Frente a los innumerables ejemplos de comunicaciones frustradas respecto de control de brotes, la propia OMS elabora las “normas de comunicación de brotes epidémicos” donde se pone de manifiesto la importancia de esta herramienta y cuáles son las técnicas más eficientes. Véase OMS, “Normas de comunicación de brotes epidémicos de la OMS”, 2005, CDS/2005.28.

18 OMS, Discurso del Director de la OMS, Declaración del Director General de la OMS sobre la reunión del Comité de Emergencia del Reglamento Sanitario Internacional acerca del nuevo coronavirus (2019-nCoV), 30 de enero de 2020, op. cit.

19 Artículo 1, Reglamento Sanitario Internacional (1981). Disponible en: <https://www.who.int/es/publications/i/item/9789241580496>

cionales –factores que pueden dar lugar a reacciones exageradas frente a la cobertura de prensa y éstas, a su vez, pueden llevar a que en los países se ejerzan presiones sobre los gobiernos para que respondan– capacidad insuficiente a nivel de país para reconocer oportunamente y contener los acontecimientos de morbilidad; temor de las posibles repercusiones costosas de la notificación de los acontecimientos de morbilidad, y falta de mecanismos jurídicos y técnicos para dar una respuesta internacional general apropiada”²⁰.

En el actual RSI (2005), como se viene exponiendo se ha adelantado, no aparece definición ni mención de dicho concepto, porque el *tradicional procedimiento de alerta y respuesta ante epidemias* es sustituido por el concepto de ESPII, al menos desde una perspectiva puramente técnica en el sistema articulado por la OMS²¹.

Mientras, en lo que respecta al término pandemia, hasta el impulso del futuro nuevo tratado y las últimas enmiendas al RSI, todavía había habido menos referencias. Nada se decía en las dos últimas versiones anteriores del Reglamento y muchos menos se recogía una definición sobre la misma.

Sin embargo, en las distintas comunicaciones del Director de la OMS respecto a la emergencia de COVID-19, sin que en ese momento tuviera ninguna trascendencia jurídica, sí que se fue incorporando el vocablo pandemia como un mecanismo socio-político con el que elevar la alerta. Y la razón de ello es comprensible. Histórica y tradicionalmente es un término muy común y entendemos que reflejaba con certeza la magnitud de un evento de tales características.

Así las cosas, destacamos dos situaciones de esta colosal crisis sanitaria donde se emplearon dichas referencias. En primer lugar, el 24 de febrero de 2020, sutilmente, el máximo representante de la OMS se aproximó a dar una definición de pandemia, cuando puntualizó que ésta es aquella enfermedad epidémica que por “la propagación geográfica del virus, la gravedad de la enfermedad que causa y las consecuencias que acarrea para toda la sociedad”²². De manera que, aunque el COVID parecía tener “potencial pandémico”²³, en ese momento, los hechos no podrían describirse como tal.

20 Informe de la Secretaría de la Organización Mundial de la Salud sobre “Seguridad sanitaria mundial: alerta y respuesta ante epidemias”, Consejo ejecutivo, 107ª reunión, de 28 de noviembre de 2000, EB107/5, párr.3.

21 “Esta tesis puede ser demostrada si tenemos en cuenta que en el Foro de investigación e innovación sobre el nuevo coronavirus de 2019, que se celebró el 11 de febrero de 2020, el Director de la OMS habla de que desde enero se ha activado el “Plan de I+D de la OMS, que es una estrategia para desarrollar medicamentos y vacunas antes de las epidemias y acelerar las actividades de investigación y desarrollo durante las epidemias”, lo cual nos permite confirmar que cuando se declaró oficialmente la emergencia sanitaria internacional, en este último caso, se confirmó indirectamente la existencia de una epidemia”. GALLEGO HERNÁNDEZ, A. C., “Epidemia, pandemia y emergencia de salud pública de importancia internacional” en MARTÍN OSTOS J. (ed.) *Derecho y Pandemias*. Astigi, pp. 120-121.

22 Definición extraída del discurso del Director de la OMS, Alocución del Director General de la OMS en la rueda de prensa sobre la COVID-19 celebrada el 24 de febrero de 2020. Disponible en: <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---24-february-2020>

23 *Ibid.*

En segundo lugar, el 11 de marzo de 2020, sí que el Director General finalmente reconoció que la ESPII de COVID-19 se consideraba una pandemia, a pesar de que “no es una palabra que deba utilizarse a la ligera o de forma imprudente. Es una palabra que, usada de forma inadecuada, puede provocar un miedo irracional o dar pie a la idea injustificada de que la lucha ha terminado, y causar como resultado sufrimientos y muertes innecesarias”²⁴. Es en este momento, cuando la mayor parte de la comunidad internacional, dada las consecuencias e, indudablemente, tras el reconocimiento como pandemia, comienza a adoptar medidas directas para su control. A pesar de haber eludido, en términos generales, los casi dos meses anteriores las obligaciones específicas de prevención que cada Estado, integrante de la OMS, había asumido.

Dada estas circunstancias y muy influidos por la gravedad de la emergencia, a finales de 2020 comienza un movimiento para trabajar en pro de un tratado internacional sobre pandemias y, aunque sigue elaborándose en el momento en el que se escribe este trabajo y, por tanto, no es definitivo, ya nos genera sugestivos interrogantes. Por ejemplo, en lo referente a su objeto o sobre la compatibilidad con el sistema de la OMS previo.

A este respecto, si acudimos a la versión del último borrador de la “Propuesta de Acuerdo de la OMS sobre Pandemias”²⁵, que se sometió a consideración de la 77^a Asamblea Mundial de la Salud, encontramos un centenar de referencias al término que nos ocupa pero, sorprendentemente, ninguna definición ni tampoco alusión al sistema de alerta existente en el RSI. A pesar de que en anteriores borradores sí se había contemplado, en el primer artículo relativo a las definiciones, que la pandemia consistía en la “propagación a nivel mundial de un patógeno o una variante que infecta a poblaciones humanas con inmunidad limitada o nula gracias a una transmisibilidad sostenida y elevada de persona a persona, lo que sobrecarga los sistemas de salud con una morbilidad grave y una mortalidad elevada y causa trastornos sociales y económicos, y cuyo control requiere una colaboración y coordinación eficaces en los ámbitos nacional y mundial”²⁶.

E incluso, la anterior alusión, venía acompañada de una nota que rezaba “se alienta al Órgano de Negociación Intergubernamental a debatir sobre el tema de la declaración de una «pandemia» por parte del Director General de la OMS en el marco del CA+ de la OMS y las modalidades y términos de dicha declaración, lo que incluye los vínculos con el Reglamento Sanitario Internacional y otros mecanismos e instrumentos pertinentes”²⁷. Porque, evidente-

24 “«Pandemia» no es una palabra que deba utilizarse a la ligera o de forma imprudente. Es una palabra que, usada de forma inadecuada, puede provocar un miedo irracional o dar pie a la idea injustificada de que la lucha ha terminado, y causar como resultado sufrimientos y muertes innecesarias”. Alocución del Director General de la OMS en la rueda de prensa sobre la COVID-19 celebrada el 11 de marzo de 2020. Disponible en: <https://www.who.int/es/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>

25 OMS, “Propuesta de Acuerdo de la OMS sobre Pandemias”, OMS, A77/10, 27 de mayo de 2024. Disponible en: https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA77/A77_10-sp.pdf

26 Artículo 1. B, “Proyecto preliminar de CA+ de la OMS para su consideración por el Órgano de Negociación Intergubernamental en su cuarta reunión”, A/INB/4/3, 1 de febrero de 2023. Disponible en: https://apps.who.int/gb/inb/pdf_files/inb4/A_INB4_3-sp.pdf

27 *Ibid.*

mente, otorgar dicho protagonismo al término pandemia exige replantearse si este adquiere consideración de nivel de alerta. Y, por tanto, como finalmente se ha aprobado y se describirá en siguientes apartados, que se modifique el sistema articulado en el RSI en búsqueda de una necesaria coherencia.

2. Cuestiones generales de la gestión de la COVID por la OMS

Para abordar este epígrafe, se parte de la consideración, estimamos que fundada²⁸, de que la OMS es una organización internacional universal, firme, sólida, que de manera genérica está respondiendo correctamente en el marco de sus obligaciones y que ha demostrado una importante capacidad de gobernanza, así como autoridad.

De manera que no se está defendiendo de manera pasional o vehemente el funcionamiento de la OMS. Al revés. Sin lugar a dudas, sus instrumentos y actuaciones pueden ser susceptibles de mejoras e, incluso, como esperamos que así sea con los próximos cambios que se analizan en este trabajo, podrían corregirse algunas deficiencias del sistema que le permitirán mejorar y ser un ente coordinador más ágil, así como estable.

Sin embargo, no coincidimos con la postura de Germán Velásquez cuando afirma contundentemente que “la crisis sanitaria de 2020-2022 pone en evidencia la fragilidad de la OMS y nos revela que esta organización no tiene o no utiliza los instrumentos y mecanismos legales necesarios para aplicar sus normas y orientaciones frente al desafío de la COVID-19 o de futuras pandemias”²⁹.

Si profundizamos en los instrumentos jurídicamente vinculantes que, a la fecha en la que se redacta este trabajo, están vigentes³⁰ (Constitución de la OMS y RSI³¹), como no puede ser de otro modo, apreciamos que gran parte de la responsabilidad en la gestión de las emergencias sanitarias recae en los propios Estados, los cuales como sujetos primarios de Derecho Internacional, son los únicos titulares plenos de derechos y deberes, de conformidad a la soberanía que les caracteriza³². La OMS no puede ejercer de madre y protegerles de manera absoluta de

28 Así fue fundamentado en GALLEGO HERNÁNDEZ, A.C., “International obligations before health emergencies” en ZHOU S. y MURASE, S. (eds.), *Epidemics and International Law*, Brill, Centre for Research, 2022, pp. 187-188.

29 VELÁSQUEZ, G., “¿Qué está en juego con el Tratado Internacional de Pandemias?”, Serie *COVID-19 y estrategia de respuesta*, IS Global, Instituto de Salud Global, Barcelona, p. 1. Disponible en: https://www.isglobal.org/documents/10179/10095533/48_COVID+Pandemic+Treaty+ES/132be2e1-189b-4cfc-a696-18d6d542c708

30 No se incluye el Convenio Marco para el Control de Tabaco (véase nota de pie de página nº 60) por considerar que su objeto no tiene cabida en este razonamiento.

31 A este respecto, son pocas las variaciones que se contemplan en las enmiendas aprobadas el 1 de junio de 2024. OMS, 77.^a Asamblea Mundial de la Salud, Enmiendas al Reglamento Sanitario Internacional (2005), de 1 de junio de 2024, A77/A/CONF./14, *op. cit.*

32 Así es confirmado por el artículo 3 de la propuesta de Tratado sobre Pandemias “el derecho soberano de los Estados a adoptar, legislar y aplicar leyes, dentro de su jurisdicción, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, la Constitución de la OMS y los principios del derecho internacional, y sus derechos soberanos sobre sus recursos biológicos”. “Propuesta de Acuerdo de la OMS sobre Pandemias”, OMS, A/INB/9/3

todas las enfermedades infecciosas, ni mucho menos asumir todas las culpas, cuando no se le han cedido las competencias para poder cumplir tales expectativas.

Por tanto, el cambio que se vaticina en los próximos meses con la adopción del tratado de pandemias y las modificaciones del Reglamento, es fruto de la persistencia y voluntad de los Estados integrantes de la OMS. Y, ¿en qué consiste dicha responsabilidad que recae en los Estados? ¿Cómo pueden ayudar a prevenir y controlar las emergencias sanitarias?

A pesar de que, efectivamente, los Estados han conferido a la OMS la competencia de ser la autoridad directiva y coordinadora de las actividades internacionales de salud, para que se puedan declarar las ESPII y muy pronto también el grado de emergencia pandémica, la OMS necesita que los Estados, donde se desarrolla la hipotética emergencia sanitaria, le transmitan de manera oportuna, coherente y suficiente todos los datos relacionados con el evento. Asimismo, para poder prevenir y gestionar adecuadamente una pandemia, los Estados deberán implementar un sistema de salud particular suficiente, garantizar el buen funcionamiento de los centros de enlace con la OMS, tomar medidas concretas para la prevención y gestión desde el momento en el que se declara la ESPII y un largo etcétera. En definitiva, de acuerdo al Derecho Internacional Público, todos los Estados (no solo los directamente afectados) deben cumplir de buena fe y, de manera coherente, con los criterios estipulados en los instrumentos jurídicamente vinculantes y, también, deberán tener presente las recomendaciones que realizan los entes expertos en la materia. Porque, en caso contrario, las consecuencias serán devastadoras y al no cumplir con las obligaciones jurídicamente asumidas, incurrirán en responsabilidad internacional.

Así las cosas, conviene reflexionar sobre la gestión que la OMS ha desempeñado durante la última pandemia y preguntarse, ¿realmente necesitamos una “reforma de fondo del funcionamiento de la OMS”³³? ¿El nuevo tratado implicaría una transformación radical?

Sin perjuicio de que el objeto del acuerdo de la OMS sobre pandemias será abordado en el siguiente apartado, en mi opinión, la primera enseñanza que podemos extraer tras superar la emergencia de COVID es que “ni los gobiernos individual(mente) ni la comunidad mundial pueden evitar por completo las pandemias. Pero es necesario que la comunidad internacional esté mucho mejor preparada y que su reacción ante posibles pandemias futuras esté mejor coordinada en las fases de detección, alarma y respuesta”³⁴.

Sin embargo, para ello no es necesario ni recomendable una renovación radical, al revés. Como reza el propio preámbulo del futuro tratado, por un lado, los Estados deben ser conscientes de que asumen “la responsabilidad de promover la salud y el bienestar de sus pueblos y que (...) son fundamentales en el fortalecimiento de la prevención, preparación y respuesta

Rev.1, 22 de abril de 2024. Disponible en: https://apps.who.int/gb/inb/pdf_files/inb9/A_inb9_3Rev1-sp.pdf

33 VELÁSQUEZ, G., *op. cit.*, p. 2.

34 Consejo Europeo, Respuesta de la UE a la COVID-19, “Un acuerdo internacional sobre la prevención y preparación ante pandemias”. Disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/coronavirus-pandemic/pandemic-treaty/>

frente a pandemias³⁵, tal y como se puntualiza en múltiples obligaciones³⁶ estipuladas en los instrumentos jurídicamente vinculantes. En este sentido, para el cumplimiento efectivo de dichos compromisos es inevitable la aplicación del principio de solidaridad, ya que “los niveles de desarrollo de las Partes dan lugar a diferentes capacidades y medios en la prevención, preparación y respuesta frente a pandemias [lo cual] constituye un peligro común que requiere apoyo a través de la cooperación internacional, en particular el apoyo de los países con mayores capacidades y recursos, así como recursos financieros, humanos, tecnológicos y técnicos previsibles, sostenibles y suficientes³⁷”.

Mientras que, por otro lado, no toda la carga recae en los Estados, sino que la OMS desempeña un importante cometido de dirección, control, coordinación y gestión, de acuerdo a su propio tratado constitutivo y en aras de proteger el goce del grado máximo de salud³⁸. No obstante, para poder garantizar un equilibrio adecuado y el más pulcro respecto de la soberanía, la organización que nos ocupa, desempeñará sus funciones atendiendo a coherentes límites. Es decir, según la última versión que es objeto de nuestro estudio, “Nada de lo dispuesto en el Acuerdo de la OMS sobre Pandemias se interpretará en el sentido de que confiere a la Secretaría de la OMS, incluido el Director General de la OMS, autoridad alguna para dirigir, ordenar, alterar o prescribir de otro modo las leyes nacionales y/o internas, según proceda, o las políticas de alguna de las Partes, o para ordenar o imponer de otro modo cualquier obligación de que las

35 Preámbulo, punto 1, “Propuesta de Acuerdo de la OMS sobre Pandemias”, OMS, A/INB/9/3 Rev.1, 22 de abril de 2024, *op. cit.*

36 “Yet, for COVID– 19, despite WHO’s plea for collective action, state– centred, nationalistic responses prevailed.3 11 Many countries deviated from WHO’s recommendations, abandoned platitudes of solidarity and pursued isolationist policies. We saw near total shutdown of borders, bans on export of medical supplies and the rise of ‘vaccine nationalism’. Even though such policies proved to be ineffective, they conflict with science and produce grossly inequitable outcomes”. EVABORHENE, N., UDOKANMA, E., ADEBAYO ADEBISI, Y., OKORIE, C., KAFUKO, Z., CONDE, H., WALIAULA, C., MBURU, S, “The Pandemic Treaty, the Pandemic Fund, and the Global Commons: our scepticism”, *The BMJ Global Health*, 2023, nº 8, p. 2.

37 Preámbulo, punto 2, “Propuesta de Acuerdo de la OMS sobre Pandemias”, OMS, A/INB/9/3 Rev.1, 22 de abril de 2024, *op. cit.*

38 A pesar de que el propósito principal de la OMS está adecuadamente consolidado en su Constitución y otros diversos instrumentos de distinto carácter, parece conveniente resaltar los principios que derivan de dicho objetivo de acuerdo a la interpretación del propio Director General. Así las cosas, el más alto grado de salud dignifica que “1. La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social. 2. El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social. 3. La salud de todos los pueblos es una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad, y depende de la más amplia cooperación entre las personas y de los Estados. 4. Los resultados alcanzados por cada Estado en el fomento y protección de la salud son valiosos para todos. La desigualdad de los diversos países en lo relativo al fomento de la salud y el control de las enfermedades, sobre todo las transmisibles, constituye un peligro común. 5. Los gobiernos tienen responsabilidad en la salud de sus pueblos, la cual solo puede ser cumplida mediante la adopción de medidas sanitarias y sociales adecuadas”. OMS, 75.^a Asamblea Mundial de la Salud, Informe del Director General, “Fortalecimiento de la preparación y respuesta de la OMS frente a emergencias sanitarias”, 23 de mayo de 2022, A75/17. Disponible en: https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA75/A75_17-sp.pdf

Partes adopten medidas específicas, tales como rechazar o aceptar viajeros, imponer mandatos sobre vacunación o medidas terapéuticas o diagnósticas, o implementar confinamientos”³⁹.

III. LA INCORPORACIÓN DE LA EMERGENCIA PANDÉMICA COMO MÁXIMO NIVEL DE ALERTA EN EL RSI

Como ya ha sido descrito, la ESPII (emergencia de salud pública de importancia internacional), desde 2005 y hasta que entren en vigor las enmiendas aprobadas en 2024, ha sido el único y gran nivel de alerta internacional que puede accionar el Director General de la OMS, de conformidad al mecanismo contemplado en el propio RSI⁴⁰. Y hasta la fecha se ha activado, debido a seis distintas enfermedades, un total de ocho veces⁴¹.

Sin embargo, no cabe duda que la COVID fue la emergencia de mayor trascendencia global⁴² y, a este respecto, en la primera Asamblea Mundial de la Salud que se celebró tras la propagación de dicha enfermedad vírica, se le encomendó al Director General que se evaluara la respuesta sanitaria internacional proporcionada por la OMS y se analizara el grado de eficiencia que había tenido el RSI ante dicho reto⁴³. En consecuencia, se creó el “Grupo Independiente de Preparación y Respuesta ante las Pandemias”⁴⁴, que se reunió un total de 6 ocasiones “hasta la

39 Artículo 24.2, “Propuesta de Acuerdo de la OMS sobre Pandemias”, OMS, A77/10, 27 de mayo de 2024, *op. cit.*

40 Artículos 48 y 49, Reglamento Sanitario Internacional (1981). Disponible en: <https://www.who.int/es/publications/i/item/9789241580496> Y en parecidos términos, tras las enmiendas Enmiendas de 1 de junio de 2024, A77/A/CONF./14, *op. cit.*

41 Véase nota al pie de página nº 3.

42 El propio Panel Independiente de Preparación y Respuesta a la Pandemia reconoce que, durante el primer año, la pandemia de COVID-19 “ha puesto de manifiesto la vulnerabilidad y fragilidad del mundo en el que vivimos. El virus ha trastocado las sociedades, ha puesto a la población mundial en grave peligro y ha hecho aflorar profundas desigualdades. Las divisiones y la desigualdad entre los países y dentro de ellos se han exacerbado, y las repercusiones han afectado gravemente a las personas marginadas y desfavorecidas. En menos de un año y medio, el coronavirus de 2019 ha infectado al menos a 150 millones de personas y ha causado la muerte de más de tres millones de ellas. Es la peor crisis sanitaria y socioeconómica conjunta que se recuerda, y una catástrofe a todos los niveles”. Panel Independiente de Preparación y Respuesta a la Pandemia, “COVID– 19. Hagamos que esta sea la última pandemia”, A74/INF./2, 12 de mayo de 2021. Prefacio, *op. cit.*, p. 4.

43 “Iniciar, en el momento adecuado más temprano, y en consulta con los Estados Miembros, un proceso progresivo de evaluación imparcial, independiente y exhaustivo, en particular mediante el uso de mecanismos existentes, según proceda, para examinar la experiencia acumulada y las enseñanzas derivadas de la respuesta sanitaria internacional coordinada por la OMS contra la COVID-19, en particular i) la eficacia de los mecanismos con que cuenta la OMS; ii) el funcionamiento del Reglamento Sanitario Internacional (2005)”. OMS, 73.ª Asamblea Mundial de la Salud, “Respuesta a la COVID-19”, 19 de mayo de 2020, WHA73.1, apartado 9.10. Disponible en: https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA73/A73_R1-sp.pdf

44 OMS, Discurso del Director de la OMS, locución de apertura del Director General de la OMS en la sesión de información sobre la COVID-19 para los Estados Miembros, 9 de julio de 2020. Disponible en: <https://www.who.int/es/director-general/speeches/detail/who-director-general-opening-remarks-at-the-member-state-briefing-on-the-covid-19-pandemic-evaluation---9-july-2020>

presentación de su informe principal el 12 de mayo de 2021⁴⁵ el cual, aunque carece de vinculación jurídica, no ha dejado indiferente a los expertos en la materia, ya que dicho Grupo o Panel Independiente de Preparación y Respuesta a la Pandemia⁴⁶ ha impulsado una revolución en el sistema existente al reconocer que:

“Si bien la OMS actuó con celeridad y diligencia al difundir la alerta del brote del virus entre los países de todo el mundo, (...) advirtió de la posibilidad de transmisión entre seres humanos durante el periodo previo a su confirmación y recomendó que los trabajadores de la salud adoptaran distintas medidas para prevenir la infección, el Grupo considera que la OMS también pudo haber instado a los países a tener la precaución de comprobar que la transmisión entre humanos se estaba produciendo. (...)

Entre las conclusiones alcanzadas por el Grupo cabe destacar que el sistema de alerta no funciona con la agilidad suficiente cuando se enfrenta a un patógeno respiratorio que se propaga con rapidez; que el RSI (2005) es un instrumento jurídicamente vinculante que, en su redacción actual, resulta conservador y pone trabas, en lugar de facilitar la adopción de medidas rápidas; y que el principio de precaución no se aplicó como hubiese sido deseable ante las evidencias disponibles cuando se declaró la alerta inicial.

En opinión del Grupo, es preciso perfeccionar la definición de lo que se considera un nuevo brote con potencial pandémico, ya que las distintas clases de patógenos se propagan a diferentes velocidades, lo que tiene importantes consecuencias en cuanto al tipo de respuesta requerida⁴⁷.

De manera que, aunque se constata que el Director General de manera particular y la propia OMS en términos absolutos, cumplieron con las obligaciones estipuladas en el RSI, en base al principio de precaución, que apuesta por la reacción más rápida y proteccionista posible, el referido grupo independiente duda sobre la viabilidad del sistema que tiene como núcleo al RSI y plantea la actualización de este último; propone modificaciones en el periodo de mandato del Director General de la OMS⁴⁸; proyecta que se constituya un Consejo mundial sobre amenazas para la salud⁴⁹; incentiva que se incremente el presupuesto e independencia financiera

45 SÁNCHEZ PATRÓN, J. M., “La declaración de “emergencia de salud pública de importancia internacional” ante las pandemias”, en TORRES CAZORLA, M., I., GARCÍA RICOMEDIO, E. M., (eds) *Ambiente, Seguridad y Salud: grandes retos del Derecho en el siglo XXI*, Tirant lo Blanch, 2024, p. 235.

46 Esta autora utilizará el término panel por ser el que se recoge (de la traducción directa del inglés) en el Informe proporcionado.

47 Panel Independiente de Preparación y Respuesta a la Pandemia, “COVID- 19. Hagamos que esta sea la última pandemia”, A74/INF./2, 12 de mayo de 2021. Prefacio, *op. cit.*, p. 21.

48 “El Grupo recomienda (...) Fortalecer la autoridad y la independencia del Director General, entre otras cosas mediante un único mandato de siete años sin posibilidad de reelección”. *Ibid*, p. 38.

Esto implicaría tener que modificar el artículo 108 del Reglamento Interior de la Asamblea de la Salud.

49 *Ibid*, p. 51.

Dado que no es uno de los objetivos de este trabajo, no se procede a su análisis. Sin embargo, recordamos que en caso de emergencia que suponga un riesgo o incluso amenaza para la paz y seguridad internacionales, la Asamblea General o el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, como ya ocurrió respecto al ébola, podrán pronunciarse e incluso adoptar resoluciones que recomienden o insten a cumplir con distintas medidas. Por tanto, no apreciamos inicialmente el beneficio de incrementar y complicar el sistema orgánico de la OMS.

de la OMS⁵⁰; y recomienda enérgicamente que se adopte un nuevo tratado internacional sobre pandemias, como se examinará en el siguiente epígrafe.

En lo relativo al RSI, que es el instrumento que se analiza en estas líneas, coincidimos con el Panel que la gran lección aprendida después de las circunstancias devastadoras de la COVID es que es preciso mejorar la coordinación entre los sujetos afectados para implementar la gestión, perfeccionar el asesoramiento de la OMS hacia los Estados o grupos perjudicados y, sobre todo, optimizar los mecanismos de respuesta. Y la fórmula que se propone para intentar conseguir todos estos grandes propósitos es la adopción de un tratado específico sobre pandemias, lo cual prácticamente obliga a tener que incluir el término pandemias en el sistema jurídico general de protección. Es decir, si junto a la Constitución de la OMS y al RSI, se pretende elaborar un tercer instrumento vinculante que permita de manera específica abordar las emergencias sanitarias internacionales que tengan carácter de pandemias, no solo se necesita un tratado que particularmente proyecte la actuación ante tales circunstancias, sino que se requiere clarificar el concepto de pandemias (lo cual como se verá a continuación no hace de momento el futuro instrumento) y armonizar el citado instrumento con el sistema general de ESPII ya existente.

En este sentido, después de que la comunidad internacional reaccionara más contundentemente con la declaración no jurídica de pandemia el 11 de marzo de 2020, que con la proclamación de ESPII el 30 de enero; tras el uso recurrente del término pandemia desde entonces, aunque no fuera jurídicamente exacto; y, sobre todo, con el planteamiento y recomendación de elaborar un tratado internacional sobre pandemias, se comprende que las enmiendas al RSI recién aprobadas giren en torno a la incorporación del concepto de “emergencia pandémica” como tipo de alerta. En definitiva, el nuevo concepto de emergencia pandémica cumple con la recomendación ya referida del Panel de expertos de que se esclareciera el significado de “brote con potencial pandémico” pero, sobre todo, instaura coherencia en el sistema de prevención y gestión sanitario internacional, ya que no tendría sentido que el RSI hablase de ESPII y, sin ninguna conexión, también existiera un tratado sobre pandemias.

A pesar de que son cientos los nuevos cambios⁵¹ que se han aprobado incorporar al RSI, el propósito que se persigue a continuación no es examinar exhaustivamente cada uno de ellos, sino dar respuesta a las siguientes preguntas: ¿Qué significa emergencia pandémica? ¿Las enmiendas al RSI implica que ahora existen dos niveles de alerta ante emergencias de salud? ¿Eran necesarias dichas modificaciones?

50 “Establecer la independencia financiera de la OMS sobre la base de aportaciones de recursos no asignados a fines específicos, incrementar las cuotas de los Estados Miembros a 2/3 del presupuesto del Programa Básico de la OMS, e implantar un proceso organizado de reposición de fondos para el resto del presupuesto”. Panel Independiente de Preparación y Respuesta a la Pandemia, “COVID– 19. Hagamos que esta sea la última pandemia”, *op. cit.*, p. 51.

51 “Overall, the amended IHR reflect a diplomatic breakthrough and a commendable achievement in maintaining a focus on global health threats despite perennial concerns over national sovereignty and tight negotiating deadlines. However, the regulations remain insufficient to prevent, prepare for, and respond to future pandemics, necessitating complementary legal authorities under a pandemic agreement”. PHELAN, A., MASON MEIER, B., HABIBI, R., GOSTIN L., “Global health reform must continue amid new infectious disease threats”, *The BMJ*, 2024, nº 386, p. 1.

Lo primero a tener presente es que el sistema de prevención, gestión y contención del RSI continúa estando centrado en la declaración de ESPII y que sobre este no existen significativas modificaciones, más allá de la necesaria adaptación con el concepto de emergencia pandémica.

Así las cosas, como la comunidad internacional en términos generales no ha conseguido desprenderse del concepto clásico de pandemia, (lo cual en mi opinión es la punta del iceberg de la mala gestión que muchos Estados han demostrado con la COVID) el artículo 1, relativo a las oportunas definiciones, esclarece que:

“«emergencia pandémica» significa una emergencia de salud pública de importancia internacional que está causada por una enfermedad transmisible y que:

- i) tiene, o entraña un alto riesgo de tener, una amplia propagación geográfica a varios Estados o dentro de ellos; y
- ii) excede, o entraña un alto riesgo de exceder, la capacidad de los sistemas de salud para responder en esos Estados; y
- iii) provoca, o entraña un alto riesgo de provocar, considerables perturbaciones sociales y/o económicas, incluidas perturbaciones en el tráfico y el comercio internacionales; y
- iv) requiere una acción internacional coordinada rápida, equitativa y reforzada, con un enfoque que abarque a todo el gobierno y a toda la sociedad”⁵².

En otras palabras, el gran botón de alerta, como en otras ocasiones ya he calificado, sigue siendo la declaración de ESPII. ¿El único? A nuestro juicio lo que ha ocurrido es que se le ha dado sustento jurídico al mecanismo de alarma que se acabó improvisando en los primeros meses de 2020. De esta forma, si vuelve a propagarse internacionalmente otro virus altamente contagioso y que debido a su gravedad condicione el normal desarrollo social o económico, tal y como ya hizo el Director General el 11 de marzo de 2020, ahora ya con trascendencia jurídica, se declarará que la ESPII ha alcanzado el nivel de emergencia pandémica⁵³.

Por tanto, no se podría afirmar que con las últimas enmiendas se hayan articulado dos niveles de alerta ante emergencias sanitarias, entendiéndose nivel A y B, en función de la gravedad o trascendencia, como podría existir tradicionalmente con la clasificación de epidemia y pandemia. No, de acuerdo a la interpretación que hace esta autora de los cambios realizados sobre el RSI, se entiende que la señal de aviso sigue siendo la declaración de ESPII, por tanto, los Estados y la propia OMS deben cumplir con obligaciones específicas de prevención y gestión desde el momento en el que se declara. Sin embargo, la alarma sonará mucho más fuerte en caso de que a la ESPII también se le reconozca el calibre de emergencia pandémica. Me explico, siguiendo con el ejemplo anterior, la declaración de ESPII sería el nivel A y la confirmación de emergencia pandémica A'. Por tanto, el nuevo Reglamento enmendado reconoce dos clasificaciones de alerta concatenadas con las que simplemente se pretende guiar, de la manera más sensorial posible, a los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones para el adecuado mantenimiento de la salud internacional.

Así las cosas, si el Director General tuviera que reconocer el carácter pandémico de la emergencia, en el propio Reglamento se han estipulados nuevas obligaciones que ayudarían a la

52 Artículo 1, Reglamento Sanitario Internacional (2005) con enmiendas de 1 de junio de 2024, A77/A/CONF/14, *op. cit.*

53 Artículo 12, *ibid.*

efectividad del próximo nuevo tratado, ya que los Estados, por ejemplo, tendrán que incrementar su compromiso de colaboración o la propia OMS deberá velar por el buen funcionamiento de las cadenas de suministros o del acceso a la ayuda humanitaria, entre otras tareas⁵⁴.

En último término, respecto a la pertinencia de la actualización del RSI, consideramos que toda revisión es conveniente si ayuda al cumplimiento de los objetivos. Es decir, si se incrementa la seguridad jurídica, se aclaran las obligaciones para la gestión de las emergencias sanitarias y no se complica innecesariamente el sistema, rotundamente es oportuno.

Todos fuimos testigos de que la inmensa mayoría de los Estados no se volcaron en el cumplimiento de las obligaciones de prevención desde el momento en el que se declaró la ESPII de COVID al inicio de 2020. En cambio, el uso del término pandemia por el Director General de la OMS en marzo, junto a las terribles consecuencias que ya se iban apreciando en casi toda la comunidad internacional, provocó un cambio de rumbo y una drástica actuación. En este sentido, comprendemos que con estas enmiendas se pretende dar soporte jurídico a aquella práctica en base al principio de precaución, como justificaba en su recomendación el propio Panel de Expertos.

Por tanto, en lo que respecta a su idoneidad, tal vez hubiese resultado más sencillo realizar pequeños cambios como el que señala el Profesor Sánchez Patrón de incorporar algún mecanismo para evaluar el cumplimiento del RSI por parte de los Estados o incluso un “mecanismo universal, periódico, objetivo y externo que permitiese realizar una función de monitoreo” sobre la actuación de la OMS⁵⁵. Sin embargo, como siempre, para que esto funcione hace falta voluntad política y no suele ser sencillo cargar de nuevas responsabilidades a los Estados o a las organizaciones internacionales. Por ello, si realmente los Estados toman conciencia de la naturaleza jurídica del RSI y cumplen con estas nuevas obligaciones instauradas y pronto en vigor, auguramos un buen futuro, porque desgraciadamente la declaración de emergencia pandémica ocurrirá antes o después.

IV. EL FUTURO ACUERDO DE LA OMS SOBRE PANDEMIAS

1. Naturaleza jurídica del Acuerdo de la OMS sobre Pandemias

Abordar el nuevo Tratado de la OMS sobre Pandemias exige, en primer lugar, exponer sucinamente algunas cuestiones básicas del funcionamiento de la organización internacional desde la que se impulsa el instrumento.

A este respecto, lo primero a tener presente es que la OMS es una organización internacional universal⁵⁶ que persigue el objetivo específico, ya referido, de garantizar el más alto grado po-

54 Artículos 13.8 y 18.3, *ibid.*

55 SÁNCHEZ PATRÓN, J. M., “La declaración de “emergencia de salud pública de importancia internacional” ante las pandemias” *op. cit.*, p. 262.

56 Que integra a 194 Estados miembros de conformidad al artículo 8 de su tratado constitutivo. No obstante, Puerto Rico y Tokelau son miembros asociados y, por tanto, no de pleno derecho. <http://www.who.int/countries/es/>

sible de salud y que, para su consecución, se articula una estructura y se asignan unas concretas funciones y obligaciones en su tratado constitutivo que, como es comúnmente conocido, es la Constitución de la OMS⁵⁷. De los tres órganos principales que conforma el ente en cuestión, de conformidad a este objeto de estudio, cabe destacar la Asamblea Mundial de la Salud⁵⁸ a la que, además de las trece tareas asignadas en el artículo 18 de la Constitución⁵⁹, se le reconoce la capacidad de poder adoptar “convenciones o acuerdos”, “reglamentos” y “recomendaciones”, en los artículos 19, 21 y 23, respectivamente.

En este sentido, en la historia de la OMS no se le ha permitido abusar de dicha capacidad legislativa. Por lo que, además, del Reglamento Sanitario Internacional, en sus versiones de 1951, 1969, 1981, 2005; solo se ha adoptado el Convenio Marco para el Control de Tabaco⁶⁰ y, como venimos referenciando, está en proceso muy avanzado de negociación el tratado sobre pandemias que nos ocupa. En definitiva, como fuente de Derecho Internacional, el tratado internacional, una vez en vigor⁶¹, será jurídicamente vinculante para todo Estado parte de la OMS, de las Naciones Unidas (observador o parte) o para cada organización internacional regional y de integración económica (así como sus Estados partes) que se obliguen con el mismo. Por tanto, no cabe duda de que una vez autenticado, diligentemente, casi por completa toda comunidad internacional, incluida la Unión Europea⁶², se obligarán con el mismo.

57 La Constitución fue redactada por la Conferencia Sanitaria Internacional, que había sido acordada en virtud de la resolución No. 12 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, adoptada el 15 de febrero de 1946. La Conferencia se celebró en Nueva York del 19 al 22 de junio. julio de 1946 por los representantes de 61 estados. Dicho tratado está en vigor desde el 7 de abril de 1948, de conformidad con el artículo 80. Naciones Unidas, Treaty Series, vol. 14, pág. 185. Disponible en: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IX-1&chapter=9&clang=_en

58 Órgano plenario de composición gubernamental, donde los distintos Estados partes están representados por los delegados escogidos en función de sus conocimientos técnicos e idoneidad. Capítulo V de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud.

59 Por ejemplo, le corresponde el nombramiento del Director General de la OMS, establecer comités o informar al Consejo Económico y Social, determinar la política de la Organización, emprender cualquier acción apropiada para el objetivo de salud, etc.

60 Convenio Marco para el Control de Tabaco, Resolución de la Asamblea Mundial de la Salud, 21 de mayo de 2003, 56ª sesión, WHA56.1, (BOE nº 35, de 10 de febrero de 2005). En vigor desde el 27 de febrero de 1999. En la actualidad se encuentran obligados por dicho tratado 183. Firmado por España el 16 de junio de 2003 y ratificado el 30 de diciembre de 2004, BOE núm. 35, de 10 de febrero de 2005.

61 “El presente Acuerdo entrará en vigor al trigésimo día contado desde la fecha de depósito del sexagésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación, confirmación oficial o adhesión ante el Depositario. Para cada Estado que ratifique, acepte o apruebe el Acuerdo de la OMS sobre Pandemias o se adhiera a él una vez satisfechas las condiciones para la entrada en vigor establecidas en el párrafo 1 del presente artículo, el Acuerdo de la OMS sobre Pandemias entrará en vigor al trigésimo día contado desde la fecha de depósito del respectivo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión (...)”. Artículo 35 “Propuesta de Acuerdo de la OMS sobre Pandemias”, OMS, A/INB/9/3 Rev.1, 22 de abril de 2024, *op. cit.*

62 “La decisión de la Asamblea Mundial de la Salud por la que se establecen los aspectos de procedimiento de las negociaciones debe permitir la participación de la Unión en el proceso de negociación relativo a las cuestiones que son competencia de la Unión, con vistas a la posible adhesión de la Unión al Convenio como organización regional de integración económica. Dicha participación debe lograrse mediante la inclusión de referencias específicas en el texto de la decisión que aclare que cualquier organismo intergubernamental creado para elaborar y negociar el Convenio estará abierto a la participación de las organizaciones regionales de integración económica”. Decisión (UE) 2021/1101 del Consejo de 20 de mayo de 2021 relativa

En cualquier caso, no estamos hablando de instrumentos aislados sino de un sistema de protección de la salud, es decir, de un conjunto de obligaciones, pautas y reglas entrelazadas y conectadas entre sí. De manera que la Constitución es la base y en lo referente a la gestión de las emergencias sanitarias existirá el RSI y, presumiblemente, el Acuerdo de la OMS sobre Pandemias, los cuales deberán “interpretarse de forma que sean compatibles y se refuercen mutuamente”⁶³.

2. Objetivos del Acuerdo de la OMS sobre Pandemias

En efecto, la cuestión más atractiva que cabe plantearse en relación al estudio del futuro nuevo tratado sobre Pandemias, es sobre qué versa. Esto es, qué propósitos recoge el referido instrumento y cómo se proyectan dichos retos para poder hacerlos realidad.

En términos generales, el principal déficit que se pueden detectar al analizar cómo la comunidad internacional gestionó y se enfrentó a la pandemia de COVID podrían sintetizarse en la falta de cooperación internacional. Evidentemente, la colaboración, ayuda y auxilio fue la gran protagonista de dicha emergencia, no había otra opción y primaba anteponer la humanidad ante cualquier otra meta. Sin embargo, no fue suficiente. La necesaria cooperación entre los Estados y los Estados-OMS, no estuvo a la altura de las circunstancias, lo cual ocasionó, como todos sabemos, consecuencias sociales y económicas desoladoras.

Así las cosas, los actores que más han reivindicado la necesidad de elaborar un instrumento que regule la gestión ante pandemias, haciendo acto de autocrítica, discurren sobre que para intensificar sustancialmente la cooperación internacional es preciso “mejorar, por ejemplo, los sistemas de alerta, el intercambio de datos y la investigación, así como la producción y distribución a escala local, regional y mundial de contramedidas médicas y de salud pública, como las vacunas, los medicamentos, las pruebas diagnósticas y los equipos de protección individual”⁶⁴.

Esto es, para conseguir que la comunidad internacional esté mejor preparada y que en concreto, la reacción de la OMS permita una mejor coordinación, el inminente Tratado sobre Pandemias deberá ocuparse de la detección y prevención precoz de las pandemias, implementar el acceso universal y equitativo a soluciones médicas como las vacunas, los medicamentos y las pruebas diagnósticas y fortalecer la confianza de la OMS como autoridad coordinadora mun-

a la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en el septuagésimo cuarto período de sesiones de la Asamblea Mundial de la Salud, 6.7.2021, DOUE L 238/79.

63 Artículo 26, “Propuesta de Acuerdo de la OMS sobre Pandemias”, OMS, A/INB/9/3 Rev.1, 22 de abril de 2024, *op. cit.*

64 Consejo Europeo, Comunicado de prensa, “«La COVID-19 demuestra por qué es necesaria la unidad para construir una arquitectura sanitaria internacional más sólida»: artículo de opinión del presidente Charles Michel, el director general de la OMS, Tedros Adhanom, y más de veinte dirigentes mundiales”, 30 marzo 2021. Disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2021/03/30/pandemic-treaty-op-ed/>

dial de las cuestiones sanitarias⁶⁵. Porque, en relación a este último propósito general, en un mundo globalizado como en el que vivimos, si no existiese la OMS deberíamos crear otro ente universal que gestionara la salud, porque casi dos centenares de Estados no pueden cooperar de manera armónica sin un director de orquesta.

Así las cosas, del último borrador del Tratado sobre Pandemias podemos extraer que los objetivos específicos del mismo se pueden condensar en 4 grandes retos⁶⁶:

- Mejor vigilancia de los riesgos que pueden ocasionar nuevas enfermedades, especialmente infecciosas, tanto humanas como desarrolladas en animales por los centros de investigación y a través de la promoción de su respectiva colaboración internacional.
- Implementar la comunicación sobre las amenazas para la salud pública aumentando la transparencia y el uso de las herramientas digitales para proporcionar auxilio en tiempo real.
- Respuesta más eficientes, cualificadas y resilientes, desarrollando de la manera más óptima posible los sistemas logísticos sanitarios. Para ello se debe potenciar los equipos médicos, la investigación, el suministro suficiente, tecnología más adecuada y, sobre todo, la cooperación internacional con la que de manera efectiva se luche por promover la salud internacional. En concreto, el tratado hace especial hincapié en que los Estados se comprometan, con la coordinación de la OMS, a cooperar para el reparto equitativo de las vacunas u otros medicamentos con lo que evitar o controlar las pandemias⁶⁷.
- Reestablecer la confianza en los sistemas sanitarios nacionales⁶⁸ y en el internacional que se refuerza con las últimas modificaciones del RSI y el nuevo tratado. Será imprescindible potenciar la transparencia y la información de calidad.

En definitiva, cada uno de los propósitos descritos corresponden a la pretensión de potenciar la solidaridad colectiva, la cual a su vez se sustenta en estos cuatro principios claves que sirven

65 Consejo Europeo, Consejo de la Unión, Respuesta de la UE a la COVID-19, “Un acuerdo internacional sobre la prevención y preparación ante pandemias”. Disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/coronavirus-pandemic/pandemic-treaty/>

66 Extracción de ideas de la “Propuesta de Acuerdo de la OMS sobre Pandemias (Proyecto de texto que muestra los progresos realizados hasta el viernes 24 de mayo a las 12.00 horas)”, 77.ª Asamblea Mundial de la Salud, 27 de mayo de 2024, A77/10 y del documento anteriormente citado (“Un acuerdo internacional sobre la prevención y preparación ante pandemias”).

67 A este respecto quiero puntualizar que en mi tesis doctoral defendía la posibilidad de que el Consejo de Seguridad ante una amenaza a la paz y seguridad internacionales por el desarrollo de una pandemia llegara a instar a algún sujeto o a la comunidad internacional a cooperar en la distribución de vacunas o incluso a hacer públicas las patentes. GALLEGO HERNÁNDEZ, A. C., *Seguridad sanitaria y seguridad internacional*, Tesis Doctoral, 2027. Disponible en: <https://idus.us.es/handle/11441/69237;jsessionid=88F00531EA-005245DBEE332FBC0AFEC5>

68 En este sentido, resulta clave desarrollar los sistemas sanitarios nacionales de atención primaria de acuerdo a las obligaciones estipuladas en el propio RSI (2005) y como también se recogerá en el artículo 6 de la Propuesta de Acuerdo de la OMS sobre Pandemias.

de pilares del Tratado sobre Pandemias y de las enseñanzas post-COVID. Y, en definitiva, para que estos compromisos se hagan realidad debemos guiarnos por los principios jurídicos de equidad⁶⁹, igualdad, inclusividad y transparencia.

¿Cómo se pretende hacer realidad todos estos buenos propósitos? ¿Qué actuaciones se articulan en el tratado?

En este sentido, a continuación, se enuncian cinco de las políticas más sugestivas en opinión de esta autora. Primero, difícilmente se podrán hacer realidad el referido proyecto si no se sustenta con una inversión adecuada, así como una financiación sostenible y previsible. En este sentido, los Estados y las organizaciones implicadas (como con total seguridad la Unión Europea), equitativamente, potenciarán la financiación nacional y la prestación de recursos financieros adicionales para otros sujetos, en especial aquellos más necesitados⁷⁰.

Segundo, deberá existir una garantía y compromiso de que ningún Estado será penalizado por compartir información sobre hipotéticas o confirmadas emergencias sanitarias y, por tanto, potenciar la prevención solidaria y responsablemente⁷¹.

Tercero, se deben completar las obligaciones del RSI para que se consiga una distribución geográfica más equitativa y amplia de productos de salud imprescindibles para la inmunización y gestión de la emergencia sanitaria en cuestión. Así mismo, se deben desarrollar estrategias para el intercambio de logística o información para la investigación a través de la puesta en práctica y gestión por la OMS de la Red Mundial de Cadena de Suministro y de Logística⁷².

Cuarto, resulta bastante conveniente que se fortalezca la asistencia rápida de la Secretaria para auxiliar, asesorar y guiar a los sujetos que lo soliciten. En este sentido, la dicha labor la desarrollará la propia Secretaria de la OMS⁷³.

En último y quinto lugar, con la vigencia del tratado que se estudia se pondrá en marcha la Conferencia de las Partes⁷⁴, que es un órgano donde todos los sujetos vinculados con el instrumento tendrán voz y voto. En este sentido, las principales funciones desempeñadas por la referencia Conferencia serán las de autoevaluar en funcionamiento del tratado anualmente y cada cinco años de manera más rigurosa, así como confeccionar, cuando sea pertinente, órganos subsidiarios.

69 “Throughout negotiations, a false dilemma between science and equity has emerged, suggesting that legal mechanisms to facilitate equitable access to pandemic products, such as PABS, conflict with open science and innovation. However, equity is an ethical imperative and is fundamental to accurate, representative, and actionable pandemic science”. CICERO, A., PHELAN, A., “A pandemic agreement is within reach”, *Science*, 2024, Vol. 384, No. 6695. Disponible en: <https://www.science.org/doi/10.1126/science.adq1055>

70 Véase el artículo 20 de la “Propuesta de Acuerdo de la OMS sobre Pandemias, *op.cit.*”

71 OMS, 75.ª Asamblea Mundial de la Salud, Informe del Director General, “Fortalecimiento de la preparación y respuesta de la OMS frente a emergencias sanitarias”, 23 de mayo de 2022, A75/17, *op. cit.*

72 Artículo 13 de la “Propuesta de Acuerdo de la OMS sobre Pandemias, *op.cit.*”

73 Véase el artículo 24, *ibid.*

74 Artículo 21, *ibid.*

3. Procedimiento de adopción del acuerdo de la OMS sobre Pandemias

Como de manera pragmática reconoció la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Michelle Bachelet, en el Foro de París sobre la Paz⁷⁵, celebrado en noviembre de 2020, “la pandemia de coronavirus ha hecho tambalear a nuestro planeta. Nos recuperaremos. Pero para poder recuperarnos rápidamente, y en buenas condiciones, debemos de aprender de las lecciones que nos deja la COVID-19”⁷⁶.

En este sentido, en dicho foro político-internacional, unos de los primeros celebrados desde la propagación de COVID, que siguió el formato de reunión híbrida, el Presidente del Consejo Europeo⁷⁷, Charles Michel, de manera presencial, propuso con convicción la confección de un tratado internacional para prevenir y gestionar de manera más rápida y diligente las futuras pandemias⁷⁸. Iniciativa que diligentemente suscitó el apoyo de gran parte de dirigentes, en concreto, la propia Unión Europea. De hecho, en la reunión extraordinaria del Consejo Europeo, de 25 y 26 de febrero de 2021, los Jefes de Estado y de Gobierno adoptaron una Declaración (evidentemente, sin vinculación jurídica) sobre COVID y sanidad en la que, entre otras cuestiones relacionadas con la pandemia, reconocían: “La cooperación multilateral mundial es fundamental para hacer frente a las amenazas sanitarias actuales y futuras. Estamos resueltos a promover la seguridad sanitaria mundial, en particular mediante el fortalecimiento de la Organización Mundial de la Salud y trabajando en pro de un tratado internacional sobre pandemias bajo sus auspicios. En este contexto, aguardamos con interés la Cumbre Mundial sobre la Salud del G-20 que se celebrará en Roma”⁷⁹.

No obstante, las actuaciones por la promoción de un tratado internacional para hacer frente a las próximas pandemias, no quedó ahí. El 30 de marzo de 2021, como estrategia previa a la 74ª Asamblea Mundial de la Salud de 2021, el presidente del Consejo Europeo, Charles Michel, y

75 “Cada año, desde 2018, el Foro de París sobre la Paz (FPP) reúne a jefes de Estado, representantes de organizaciones internacionales o de la sociedad civil para contribuir, de manera efectiva, a una mejor cooperación internacional en torno a los grandes desafíos globales”. En 2020, se buscaba abordar la COVID-19 y otros problemas de salud graves, reparar la desigualdad, revisar los fundamentos de la era digital y cómo iniciar una revisión general del multilateralismo internacional. Ministère de L’Europe et des Affaires Étrangères, Francia Diplomacia, “Foro de París sobre la Paz 2023: el multilateralismo al servicio de la paz”. Disponible en: <https://www.diplomatie.gouv.fr/es/politica-exterior/sociedad-civil-y-voluntariado/eventos/foro-de-paris-sobre-la-paz/article/foro-de-paris-sobre-la-paz-2023-el-multilateralismo-al-servicio-de-la-paz>

76 Naciones Unidas, declaraciones Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “El mundo post-COVID Mensaje de Michelle Bachelet, Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos”, Foro de París sobre la Paz 2020, 11 noviembre 2020. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/2020/11/2020-paris-peace-forum-post-covid-world-message-michelle-bachelet-high-commissioner-human>

77 Recordamos, aunque es de común conocimiento que el Consejo Europeo es uno de los órganos principales de la Unión Europea y que el Presidente, de acuerdo al art. 15.6 del Tratado de la Unión Europea (Tratado de Lisboa), asume la representación exterior de la UE y asistirá a las cumbres internacionales.

78 En parecidos términos, nota de pie de página nº 7.

79 Declaración de los miembros del Consejo Europeo, 25-26.2.2021, Bruselas, 26 de febrero de 2021 (OR. en), punto 10. Disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2021/02/26/statement-of-the-members-of-the-european-council-25-26-february-2021>

el Director General de la OMS, Tedros Adhanom Ghebreyesus, con el apoyo de otros sujetos influyentes, ofrecieron una rueda de prensa conjunta haciendo un “llamamiento en favor de un tratado internacional sobre pandemias”⁸⁰.

Así las cosas, el siguiente movimiento, fue la adopción por el Consejo de la Unión de una decisión⁸¹, el 20 de mayo de 2021, con la que apoyaba el inicio de las negociaciones de un tratado internacional para la lucha contra las pandemias y, al mismo tiempo, se aseguraba la participación en las negociaciones, evidentemente, en relación a aquellas cuestiones que son de su competencia, lo cual no era una declaración más sin relevancia. Al revés. Uno de los principales resultados es que en la última versión del proyecto aparecen decenas de veces la expresión “organización de integración económica regional”⁸².

Posteriormente, como cada mayo se celebró la 74ª Asamblea Mundial de la Salud de 2021 y tal y como sugirió en su discurso de apertura el Director General: “la única forma de resolver esa carencia fundamental [que ha expuesto la COVID] es la adopción de un compromiso vinculante entre países que proporcione una base sólida para una mayor cooperación: un tratado sobre la preparación y la respuesta frente a las pandemias que permita superar los retos que he descrito. Un acuerdo internacional que represente a todas las naciones y pueblos; que se ocupe de los riesgos y vulnerabilidades que compartimos; que aproveche nuestra humanidad, solidaridad y diversidad; y que sea un reflejo de lo que necesitan las generaciones futuras, no de lo que quiere esta generación”⁸³.

Concatenadamente, en la séptima sesión plenaria, del 31 de mayo de 2021, los Estados partes de la OMS presentes en la Asamblea decidieron considerar la elaboración de un tratado internacional de la OMS sobre la preparación y respuesta frente a las pandemias y, para ello, solicitaron al Grupo de Trabajo de los Estados Miembros sobre el Fortalecimiento de la Preparación y Respuesta de la OMS frente a las Emergencias Sanitarias que evaluase las ventajas de la iniciativa y al Director General que convocara una reunión extraordinaria para debatir dicho proyecto⁸⁴.

80 Consejo Europeo, Comunicado de prensa, “«La COVID-19 demuestra por qué es necesaria la unidad para construir una arquitectura sanitaria internacional más sólida»: artículo de opinión del presidente Charles Michel, el director general de la OMS, Tedros Adhanom, y más de veinte dirigentes mundiales”, 30 marzo 2021. Disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2021/03/30/pandemic-treaty-op-ed/>

81 Decisión (UE) 2021/1101 del Consejo de 20 de mayo de 2021 relativa a la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en el septuagésimo cuarto período de sesiones de la Asamblea Mundial de la Salud, 6.7.2021, DOUE L 238/79.

82 La cual la define en su artículo 1 como: “organización integrada por varios Estados soberanos y a la que sus Estados Miembros han traspasado competencia respecto de una diversidad de asuntos, incluida la facultad de adoptar decisiones vinculantes para sus Estados Miembros en relación con dichos asuntos”.

83 OMS, Director General de la OMS, Discursos del Director General de la OMS, “Alocución del Director General de la OMS en la Asamblea Mundial de la Salud”, 24 de mayo de 2021. Disponible en: <https://www.who.int/es/director-general/speeches/detail/director-general-s-opening-remarks-at-the-world-health-assembly---24-may-2021>

84 OMS, 74ª Asamblea Mundial de la Salud de 2021, “Reunión extraordinaria de la Asamblea Mundial de la Salud para considerar la elaboración de un convenio, acuerdo u otro instrumento internacional de la OMS

En tales circunstancias, por segunda vez en la historia de la OMS, vuelve a celebrarse otra Asamblea Mundial de la Salud en el mismo año, de manera que los Estados partes de nuevo se reúnen, del 29 de noviembre al 1 de diciembre de 2021, para sopesar un único punto del día⁸⁵, que se puede resumir en ventajas [e inconvenientes] de adoptar un tratado internacional sobre pandemias.

Adicionalmente, para “subsana las lagunas en la prevención, preparación y respuesta frente a emergencias sanitarias” se apoya la presentación de “posibles enmiendas específicas del Reglamento Sanitario Internacional” y la elaboración de “un nuevo instrumento para la prevención, preparación y respuesta frente a pandemias desde una perspectiva que abarque a todas las instancias gubernamentales y a toda la sociedad, dando prioridad a la necesidad de equidad; (...) [y] solidaridad (...)”⁸⁶. A este respecto, se decide “establecer, (...) un Órgano de Negociación Intergubernamental abierto a todos los Estados Miembros y Miembros Asociados (...) para redactar(lo)”.

Sin perjuicio del intenso trabajo que viene desarrollando desde mayo de 2022⁸⁷ el referido Órgano de Negociación Intergubernamental, en esta exposición sobre el proceso de elaboración del tratado que estudiamos, también es conveniente volver a mencionar a la UE, la cual autoriza su participación en la apertura de negociaciones⁸⁸, incluso antes de que se celebre la primera sesión⁸⁹.

Tras el informe sobre el borrador preliminar que se presenta en la 76ª Asamblea Mundial de la Salud, que se celebró del 21 al 30 de mayo de 2023, todas las expectativas estaban puestas

-
- sobre la preparación y respuesta frente a las pandemias”, Séptima sesión plenaria, 31 de mayo de 2021, WHA74(16). Disponible en: https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA74-REC1/A74_REC1-sp.pdf
- 85 “Examen de las ventajas de elaborar un convenio, acuerdo u otro instrumento internacional de la OMS sobre la preparación y respuesta frente a las pandemias con miras a establecer un proceso intergubernamental para redactar y negociar dicho convenio, acuerdo u otro instrumento internacional sobre la preparación y respuesta frente a las pandemias, teniendo en cuenta el informe del Grupo de Trabajo sobre el Fortalecimiento de la Preparación y Respuesta de la OMS frente a Emergencias Sanitarias”. Asamblea Mundial de la Salud, Segunda Reunión Extraordinaria, 29 de noviembre – 1 de diciembre de 2021, “Orden del día provisional. SESIONES PLENARIAS”, SSA2/1. Disponible en: https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHASSA2/SSA2_1-sp.pdf
- 86 Asamblea Mundial de la Salud, Segunda Reunión Extraordinaria, “El mundo unido: establecimiento de un órgano de negociación intergubernamental para fortalecer la prevención, preparación y respuesta frente a pandemias”, 29 de noviembre – 1 de diciembre de 2021, SSA2(5), WHASS2/2021/REC/1. Disponible en: https://apps.who.int/gb/or/s/s_whass2r1.html
- 87 Se pueden consultar todas sus actuaciones en OMS, Órgano de Negociación Intergubernamental. Disponible en: <https://apps.who.int/gb/inb/s/>
- 88 Decisión (UE) 2022/451 del Consejo de 3 de marzo de 2022 que autoriza la apertura de negociaciones en nombre de la Unión Europea con vistas a un acuerdo internacional sobre la prevención, preparación y respuesta frente a las pandemias, así como a las enmiendas complementarias al Reglamento Sanitario Internacional (2005), 21.3.2022, DOUE L 92.
- 89 El Órgano de Negociación Intergubernamental se reúne por primera vez el 24 de febrero de 2022 para establecer el proyecto del programa de trabajo y convoca su primera sesión del 14 al 15 de marzo de 2022. Durante este corto periodo de tiempo, el Consejo adopta la decisión para autorizar la participación en las negociaciones.

en la 77^a Asamblea que se celebró hace unos meses⁹⁰ y en cuyo orden del día⁹¹ se recogía la presentación del último borrador del proyecto de tratado que se viene utilizando en el análisis de esta investigación, por el Órgano de Negociación Intergubernamental. Sin embargo, los resultados nos han sido los esperados y, finalmente, los trabajos no han concluido.

Así las cosas, el estado el que se encuentra hoy en día el proyecto de tratado es que la Asamblea de la Salud decidió prorrogar⁹² el mandato del Órgano de Negociación, como máximo durante un año y, para cumplir con los objetivos esperados dicho grupo celebró su décima reunión en julio⁹³ para organizar un eficaz plan de trabajo.

A este respecto, si todo sale tal y como lo previsto, “el presente Acuerdo estará abierto a la firma en la Sede de la Organización Mundial de la Salud en Ginebra después de su adopción por la Asamblea de la Salud en su 78.^a reunión”⁹⁴, presumiblemente, en mayo y junio de 2025, y “posteriormente en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York” durante el próximo año. Pudiendo obligarse con mismo, como ya se ha señalado con anterioridad, no solo los Estados sino, también, las organizaciones de integración económica regional⁹⁵.

4. España ante la emergencia sanitaria de COVID y el futuro Tratado de la OMS sobre Pandemias

Una vez que el Tratado de la OMS sobre Pandemias se adopte y se abra la fase de manifestación del consentimiento para obligarse con el mismo, con absoluta seguridad, tanto España

90 La 77.^a Asamblea Mundial de la Salud se celebrará en Ginebra (Suiza) del 27 de mayo al 1 de junio de 2024.

91 OMS, Consejo Ejecutivo, 154.^a reunión, Punto 26 del orden del día, “Orden del día provisional de la 77.^a Asamblea Mundial de la Salud”, 27 de enero de 2024, EB154(15). Disponible en: [https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/EB154/B154\(15\)-sp.pdf](https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/EB154/B154(15)-sp.pdf)

92 OMS, “Órgano de Negociación Intergubernamental para redactar y negociar un convenio, acuerdo u otro instrumento internacional de la OMS sobre prevención, preparación y respuesta frente a pandemias”, 77.^a Asamblea Mundial de la Salud, 1 de junio de 2024, WHA77(20). Disponible en: [https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA77/A77_\(20\)-sp.pdf](https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA77/A77_(20)-sp.pdf)

93 OMS, “Décima reunión del Órgano de Negociación Intergubernamental para un instrumento de la OMS sobre prevención, preparación y respuesta frente a pandemias”, 16–17 de julio de 2024. Disponible en: [https://www.who.int/es/news-room/events/detail/2024/07/16/default-calendar/tenth-meeting-of-the-intergovernmental-negotiating-body-\(inb\)-for-a-who-instrument-on-pandemic-prevention--preparedness-and-response](https://www.who.int/es/news-room/events/detail/2024/07/16/default-calendar/tenth-meeting-of-the-intergovernmental-negotiating-body-(inb)-for-a-who-instrument-on-pandemic-prevention--preparedness-and-response)

94 Artículo 33 de la “Propuesta de Acuerdo de la OMS sobre Pandemias”, OMS, A/INB/9/3 Rev.1, 22 de abril de 2024, *op. cit.*

95 Lógicamente, “Las organizaciones de integración económica regional que pasen a ser Partes en el Acuerdo de la OMS sobre Pandemias sin que ninguno de sus Estados Miembros lo sea quedarán sujetas a todas las obligaciones que les correspondan en virtud de dicho Acuerdo o cualesquiera de sus protocolos. En el caso de que uno o más Estados Miembros de esas organizaciones de integración económica regional sean Partes en el Acuerdo de la OMS sobre Pandemias, la organización de integración económica regional y sus Estados Miembros determinarán su responsabilidad respectiva en el cumplimiento de las obligaciones que les correspondan en virtud del Acuerdo. En esos casos, la organización de integración económica regional y sus Estados Miembros no estarán facultados para ejercer simultáneamente derechos conferidos por el Acuerdo de la OMS sobre Pandemias”. Artículo 34.2, *ibid.*

como la gran impulsora de este acuerdo, la Unión Europea, procederán a la firma⁹⁶ del mismo. Muy probablemente en las semanas en las que esté disponible en Ginebra, por el interés que ambos sujetos han manifestado en el mismo. Esto es, si no tiene lugar ningún imprevisto, antes de verano de 2025, España habrá autenticado el instrumento jurídico que nos ocupa.

Asimismo, de conformidad a cada procedimiento de derecho interno, corresponderá la “ratificación, aceptación, aprobación, confirmación oficial”⁹⁷ depositándose el referido instrumento de manifestación del consentimiento ante el Secretario General de las Naciones Unidas, quien ejerce como depositario⁹⁸.

En este sentido, una vez se proceda a la correspondiente firma y ratificación, en este caso, España estará obligado con el nuevo Tratado de la OMS sobre Pandemias, por lo que de conformidad al artículo 96 de nuestra Constitución, se publicará en el Boletín Oficial del Estado y se integrará en nuestro ordenamiento jurídico. Entendemos que sin la aplicación del artículo 94. 1, d-e de la Constitución Española, porque no implica nuevas obligaciones financieras⁹⁹ ni exige la aprobación, modificación o derogación de ninguna norma con rango de Ley.

¿Qué la Unión Europea también se obligue con el mismo ya dispensa a nuestro Estado de ejecutar el instrumento? ¿Cómo se hacen efectivas las obligaciones asumidas por España de este nuevo tratado?

De conformidad al artículo 168 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Tratado de Lisboa), la salud pública es una competencia compartida entre la Unión Europea y sus Estados miembros. De manera que, los Estados miembros definen sus propios sistemas sanitario y prestan los servicios oportunos, pero la Unión puede complementar las políticas nacionales cuando se gestionen amenazas internacionales, para mejorar el acceso a la atención sanitaria, cuando se implementen los sistemas sanitarios y para mejorar la salud, en términos generales.

En lo referente al nuevo tratado, efectivamente, la Unión Europea viene siendo desde el inicio un actor clave para su impulso y comprendemos que esto se debe a tres grandes motivos. En primer lugar, nuestra organización internacional realizó una gran labor de gestión, incluso sin contar con un marco jurídico idílico para ello durante toda la fase de emergencia de la COVID y, sobre todo, en lo referente a la adquisición de las ansiadas vacunas. En segundo lugar, es una realidad que sufriremos de nuevo la amenaza de otras emergencias sanitarias y es conveniente para la estabilidad de la organización estar preparados para ello. Y, por último, casi con total seguridad, en una futura modificación de los tratados constitutivos, se le otorgará a la Unión Europea mayor competencias en cuestiones de salud, por lo que participar desde el inicio en la actualización del sistema de prevención y gestión universal es una estrategia, en el buen sentido de la palabra, cuanto menos inteligente.

96 Artículo 33, *ibid.*

97 Artículo 34, *ibid.*

98 Artículo 36, *ibid.*

99 Es cierto que en diferentes disposiciones del proyecto se plantea la necesidad de incrementar la cooperación financiera y que uno de los objetivos generales de los cambios que analizamos es empoderar económicamente a la OMS, pero en el proyecto no se especifica obligaciones financieras concretas.

Por consiguiente, tanto la Unión como cada Estado parte deberán cumplir con las obligaciones que tienen asignadas de conformidad a sus competencias y desde el momento en el que se obliguen con el inminente Tratado sobre Pandemias deberán aplicarlo y responder. Además, por astucia de la Unión, como ya hemos ido señalando a lo largo de los anteriores apartados, se ha definido de manera escrupulosa el sistema de votación cuando coincidan Estados Miembros y organizaciones de integración, es decir, pensándose en el caso de la Unión Europea, y en los mismos términos ocurre respecto al procedimiento para manifestar el consentimiento. Ambos tipos de sujetos no se pisan, solo se suman (evidentemente, si cumplen de buena fe con el Derecho articulado).

En definitiva, cada sujeto deberá cumplir con las obligaciones que asume de acuerdo a sus competencias soberanas y funcionales.

Pero, comprendido el interés de la Unión Europea por la adopción de este tratado internacional, ¿también dicho instrumento es útil para España? ¿Realmente necesitábamos una mejora de sistema de prevención y gestión de emergencias sanitarias? ¿El RSI no era suficiente? ¿España “va a salir ganado” con este nuevo tratado o va a complicar más la futura actuación?

Sin entrar en las consecuencias catastróficas, especialmente de carácter humano y económico que la emergencia de COVID tuvo para toda la comunidad internacional y, por tanto, también para España; de manera sucinta, procedemos a analizar (la concreta) declaración del estado de alarma que se declara en España, en conexión con el apartado segundo de este trabajo.

De acuerdo al inicio del propio preámbulo¹⁰⁰ del Real Decreto, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma¹⁰¹, podemos confirmar que en el momento en el que se adopta este instrumento, España (como otros muchos Estados de distintos continentes, no solo el Europeo) no conoce con rigurosidad las obligaciones que derivan del RSI y, me aventuro incluso a afirmar, que tampoco la naturaleza jurídica del referido instrumento¹⁰². Porque como ya ha sido expuesto, la obligación de prevención surge en el momento en el que se declara la ESPII y, por tanto, (hasta la fecha, salvo cambios en el RSI después de 2005), el Director General no

100 “La Organización Mundial de la Salud elevó el pasado 11 de marzo de 2020 la situación de emergencia de salud pública ocasionada por el COVID-19 a pandemia internacional. La rapidez en la evolución de los hechos, a escala nacional e internacional, requiere la adopción de medidas inmediatas y eficaces para hacer frente a esta coyuntura. Las circunstancias extraordinarias que concurren constituyen, sin duda, una crisis sanitaria sin precedentes (...)”.

101 Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, “por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19”, Ministerio de la Presidencia, BOE núm. 67, de 14 de marzo de 2020.

102 4 años después de la declaración de ESPII por COVID, se reconoce con contundencia que el RSI tiene naturaleza de tratado internacional, pero esto no ha sido así en los últimos años, como fundamentamos el Prof. Pablo Antonio Fernández Sánchez y yo misma en el trabajo: FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A., GALLEGO HERNÁNDEZ, A. C., *op. cit.*

Por otro lado, reconocidos autores como Bogdandy y Villareal Lizárraga defendían que era un instrumento no vinculante. BOGDANDY, A. Von, VILLAREAL LIZÁRRAGA, P.A., “Critical Features of International Authority in Pandemic Response: The WHO in the COVID-19 Crisis, Human Rights and the Changing World Order”, *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL)*, Research Paper, 2020, n° 18, p. 16.

declara con efectos jurídicos la existencia de pandemia, sino que cuando el máximo representante de la OMS comunica la existencia de la misma el 11 de marzo de 2020, solo lo hace con efectos sociales y políticos, al menos desde la perspectiva internacional.

En este sentido, dicha omisión, no intencionada en nuestra opinión y común en gran parte de la comunidad internacional nos hace pensar que pudo ser debido: uno, a un exceso de confianza; dos, a que el sistema de prevención y gestión no estaba lo suficiente claro (aunque personalmente, tras su intenso estudio, no es mi inicial conclusión); o bien, un término medio. Por tanto, si se adoptan algunas mejoras (un nuevo tratado y reformas en el RSI) junto a la elevada probabilidad de que se repita un evento de dichas características estaremos mucho mejor preparados para enfrentarnos a otra pandemia, que casi con total seguridad no será tan benevolente como el COVID. Recordemos la elevada mortalidad del ébola.

Así las cosas, probablemente, a España le beneficien estos cambios que se vienen gestando, sobre todo, porque al reconocerse jurídicamente el término de pandemia o emergencia pandémica, parece más fácil conectarlo con distintas normas de Derecho interno que todavía conservan la vieja referencia a epidemias y pandemias.

V. CONCLUSIONES

– La comunidad internacional en una amplia mayoría no estaba preparada para hacer frente a una emergencia sanitaria del calibre e intensidad de la COVID-19. Y esta afirmación se fundamenta en el hecho de que muchos Estados incumplieron obligaciones básicas del RSI en la gestión de la referida pandemia y han reconocido la necesidad de apostar de manera más intensa en la promoción de la seguridad sanitaria internacional.

– A pesar de que contamos con una organización internacional consolidada que persigue el objetivo directo de promover la salud, no se ha depositado en la OMS la confianza suficiente como para dejarnos guiar adecuadamente por ella en la anterior pandemia. Sin embargo, como en un mundo globalizado como este la cooperación internacional es clave para poder superar dichos retos, desde hace algunos años se viene desarrollando un movimiento que apuesta por renovar el sistema de prevención y gestión con la creación de un Tratado de la OMS sobre Pandemias y la consecuente reformar del RSI.

– El nuevo Tratado internacional de la OMS sobre Pandemias será un instrumento jurídicamente vinculante, del que no solo formarán parte Estados, sino que presumiblemente, también organizaciones de integración económicas como la UE, y que se regirá por los principios de equidad, igualdad, inclusividad y transparencia. Este perseguirá el evidente objetivo general de prevenir y gestionar las emergencias sanitarias internacionales que se propaguen a través de nuestras fronteras.

– A pesar de que consideramos que el Proyecto del Tratado sobre Pandemias plantea objetivos coherentes, no consideramos absolutamente necesaria su existencia ya que, en opinión de la autora, bastaba con cumplir de manera escrupulosa el RSI o incluso incluir ciertas modificaciones en este último. Sin embargo, estamos seguros de que, si la comunidad internacional integra adecuadamente el nuevo sistema de prevención y gestión frente a emergencias, estos

cambios serán muy oportunos. Previsiblemente, este nuevo instrumento se adoptará por la Asamblea de la Salud en su 78.^a reunión, del próximo 2025.

– En coherencia con los cambios que se pretenden incorporar cuando se adopte el Tratado sobre Pandemias, recientemente, se han aprobado docenas de enmiendas al RSI que entrarán en vigor a partir del 19 de septiembre de 2025 y que, principalmente, persiguen coordinar el sistema de alerta y respuesta con la incorporación de la emergencia pandémica. De manera que estas enmiendas no solo aportan una nueva aclaración conceptual bastante necesaria, sino que confecciona un segundo nivel de alerta, concatenado a la declaración de ESPII, que prevé cuando se considere necesario el incremento de las obligaciones de los sujetos implicados.

– Sin lugar a dudas, todas estas mejoras materializadas en enmiendas y en un nuevo tratado permitirán una mejor gestión de la próxima emergencia sanitaria, siempre y cuando se cumplan, en base a la buena fe, las obligaciones estipuladas en los mismos. Sin embargo, en opinión de esta autora los resultados calamitosos de la COVID podrían haberse reducido sustancialmente con un buen conocimiento del sistema de seguridad sanitaria internacional y el cumplimiento del mismo. No obstante, en muchas ocasiones necesitamos, no solo tropezarnos, sino caernos para aprender la lección.

INFLUENCERS, CONSEJOS INEXACTOS Y RESPONSABILIDAD EN LA ERA DIGITAL

INFLUENCERS, INACCURATE ADVICE AND RESPONSIBILITY IN THE DIGITAL AGE

MARÍA DEL CARMEN CHÉLIZ INGLÉS*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. CONSEJO DE SALUD INEXACTO DE UN *INFLUENCER*: ¿PRODUCTO DEFECTUOSO? ¿RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL? III. CONSIDERACIONES FINALES.

RESUMEN: El auge de las redes sociales y la figura de los *influencers* ha dado lugar a que se planteen nuevos escenarios en materia de responsabilidad civil. En el presente trabajo se reflexiona acerca de los consejos de salud erróneos o inexactos que realizan en ocasiones estos *influencers*, y que pueden causar daños a aquellas personas que se deciden a seguirlos. Todo ello desde una perspectiva internacional privatista, en tanto que el contenido subido a redes sociales es accesible prácticamente a nivel mundial.

ABSTRACT: *The rise of social networks and the figure of influencers has given rise to new scenarios regarding civil liability. This work reflects on the erroneous or inaccurate health advice that these Influencers sometimes give, and that can cause harm to those people who decide to follow them. All of this from a private international perspective, while the content uploaded to social networks is accessible practically worldwide.*

PALABRAS CLAVE: *Influencers*, Instagram, redes sociales, responsabilidad civil, productos defectuosos.

KEYWORDS: *Influencers*, Instagram, social networks, civil liability, defective products.

I. INTRODUCCIÓN

El nacimiento de las redes sociales y la figura de los *influencers*¹, ya regulada en algunas legislaciones², han introducido numerosos cambios en nuestra vida cotidiana, transformando nuestra

Fecha de recepción del trabajo: 16 de septiembre de 2024. Fecha de aceptación de la versión final: 11 de noviembre de 2024.

* Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza. Correo electrónico: mcheliz@unizar.es. Todas las páginas web de referencia han sido consultadas por última vez el 2 de julio de 2024.

1 “*Influencer*” es una palabra que no está en el diccionario académico español, pero la RAE tiene constancia de ella y se documenta en el Corpus del Español del Siglo XXI. Según el “[Observatorio de palabras](#)” del “[Portal lingüístico](#)” de la RAE, *influencer* “*es un anglicismo usado en referencia a una persona con capacidad para influir sobre otras, principalmente a través de las redes sociales*”.

2 Resulta significativo que la legislación francesa ha avanzado en la regulación de los contratos de los *influencers* hasta el punto de introducir una norma de conflicto de leyes en el art. 8.1.5° de la *LOI n° 2023-451 du 9 juin 2023 visant à encadrer l’influence commerciale et à lutter contre les dérives des influenceurs sur les réseaux sociaux*, que establece que “*La soumission du contrat au droit français, notamment au code de la consommation, au code de la propriété intellectuelle et à la présente loi, lorsque ledit contrat a pour objet ou pour effet de mettre en œuvre une activité d’influence commerciale par voie électronique visant notamment un public établi sur le territoire français*”. Por su parte, en nuestro país, se ha publicado

forma de comunicarnos, de relacionarnos e incluso nuestros hábitos de belleza o de consumo. En la actualidad, en España, un 85% de los internautas de 12 a 74 años utilizan redes sociales, lo que representa cerca de 30 millones de usuarios³. Por su parte, en nuestro país existen más de 12.000 *influencers* profesionales, denominados así por tener más de 100.000 seguidores en alguna de sus redes sociales. De todos ellos, alrededor de 1.100 pueden considerarse macro *influencers* al tener más de un millón de seguidores⁴. Cabe señalar que precisamente a este tipo de *influencers* es a los que afecta el reciente Real Decreto 444/2024, de 30 de abril, por el que se regulan los requisitos a efectos de ser considerado usuario de especial relevancia de los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma, en desarrollo del artículo 94 de la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual. Este Real Decreto considera usuarios de especial relevancia a aquellos usuarios que obtienen ingresos iguales o superiores a 300.000€ anuales, tiene 1.000.000 de seguidores en una sola plataforma o 2.000.000 de forma agregada, y ha compartido un número de vídeos igual o superior a 24 anuales.

En este contexto, es cada vez más habitual que los usuarios, además de seguir las cuentas de las personas de su entorno próximo (amigos, familiares o conocidos), sigan también las de determinados *influencers*. Esta práctica se ha detectado especialmente en los sectores más jóvenes, siendo destacable que 8 de cada 10 usuarios con edades comprendidas entre los 12 y los 17 años sigue cuentas de *influencers*, especialmente en Instagram, seguido de TikTok y Youtube⁵.

Pese a que son numerosos y muy variados los tipos de *influencers* que se pueden encontrar, muchos de ellos emplean las redes sociales para mostrar su estilo de vida, compartir sus vivencias y dar a sus seguidores todo tipo de consejos y de recomendaciones, adquiriendo gran trascendencia aquellas relacionadas con el ámbito de la belleza y la salud (en las que se va a centrar el presente artículo).

Estas recomendaciones son consideradas creíbles por los usuarios de las redes sociales⁶ y tienen un gran peso en el comportamiento de sus seguidores⁷, muchos de ellos, además, como se

recientemente el Real Decreto 444/2024, de 30 de abril, por el que se regulan los requisitos a efectos de ser considerado usuario de especial relevancia de los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma, en desarrollo del artículo 94 de la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual.

3 Datos extraídos del Estudio Anual de Redes Sociales del año 2023, elaborado por la Comisión Redes Sociales IAB España. Estudio disponible en el siguiente enlace: <https://iabspain.es/estudio/estudio-de-redes-sociales-2022/>

4 Según datos extraídos de un análisis de 2btube del año 2023. Si se comparan estos datos con los presentados por 2btube en el año 2022, la franja de creadores de más de 1.000 seguidores ha crecido un 32%; mientras que el número de creadores que ahora tienen más de un millón de seguidores es un 25% mayor. Datos extraídos de: <https://2btube.com/proyectos/creacion-de-contenido/>

5 Datos extraídos del Estudio Anual de Redes Sociales del año 2023, elaborado por la Comisión Redes Sociales IAB España.

6 Un 8% de los usuarios considera “muy creíble” el nivel de credibilidad de los *influencers* que sigue, un 39% los valora como “bastante creíbles” y un 43% “algo creíbles”. Únicamente el 9% considera que son “poco creíbles” y el 1% “nada creíbles”. Si se comparan estas cifras con las del año 2021, se observa que la credibilidad de los *influencers* ha aumentado de forma considerable. Datos extraídos del Estudio Anual de Redes Sociales del año 2022, elaborado por la Comisión Redes Sociales IAB España.

7 Una muestra del nivel de influencia que tienen los *influencers* en el comportamiento de sus seguidores, se desprende del llamamiento que hizo Fernando Simón en agosto de 2020, cuando la evolución de la pande-

ha indicado, muy jóvenes, y más fácilmente influenciables⁸. No obstante, esta percepción de credibilidad de los *influencers* contrasta con la realidad, y es que una parte muy importante de ellos no posee los conocimientos necesarios ni la formación adecuada para realizar tales recomendaciones⁹. De esta manera, la información difundida por algunos *influencers* en materia de salud, nutrición, o cuidados de belleza no puede ser considerada fiable y no atiende a criterio médico o científico alguno.

En consecuencia, en redes sociales son abundantes las recomendaciones de *influencers* que son erróneas o inexactas, y que pueden suponer un riesgo para la salud del usuario que decide seguirlas, causándole determinados daños. A ello hay que añadir que el contenido subido a redes sociales traspasa fronteras y es accesible prácticamente desde cualquier parte del mundo, de tal manera que estos consejos emitidos por un *influencer* en un determinado país, pueden provocar daños a seguidores residentes en otro Estado. Con la dificultad añadida de que, al tratarse de consejos arrojados en Internet –medio que se caracteriza por su deslocalización– resultan de muy compleja aplicación los criterios y conexiones tradicionales marcados por la territorialidad.

Ello genera un nuevo escenario, en el que se han de reinterpretar las normas de Derecho Internacional Privado en relación con la responsabilidad de los *influencers* por los daños derivados de los consejos y recomendaciones inexactas publicadas en redes sociales relacionadas con la belleza y la salud.

Así, en el presente artículo se va a analizar la eventual responsabilidad de los *influencers* derivada de consejos relacionados con la salud erróneos o inexactos, centrando el campo de estudio en el ámbito del Derecho Internacional de la UE.

II. CONSEJO DE SALUD INEXACTO DE UN *INFLUENCER*: ¿PRODUCTO DEFECTUOSO? ¿RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL?

Como se ha señalado con anterioridad, son numerosos los *influencers* que, a través de sus cuentas, especialmente de Instagram, ofrecen a sus seguidores todo tipo de consejos o re-

mia de la Covid-19 volvía a ser preocupante. Ante esta situación, y como vía para llegar de una manera más efectiva a la población más joven, pidió a los *influencers* que ayudaran a concienciar acerca de las medidas de prevención y control de la epidemia, y colaboraran de esta manera a la contención de los contagios. Fuente: <https://www.heraldo.es/noticias/nacional/2020/08/20/coronavirus-simon-afirma-influencers-espana-pueden-ayudar-a-controlar-epidemia-con-su-visibility-1391805.html>

8 Véase JIMÉNEZ-MARÍN, J./BELLIDO-PÉREZ, E./TRUJILLO SÁNCHEZ, M. “Publicidad en Instagram y riesgos para la salud pública: el *influencer* no sanitario como prescriptor de medicamentos, a propósito de un caso”, *Revista Española de Comunicación en Salud*, 2021, v. 12, Nº 1, pp. 44.

9 Así se extrae de un estudio de la Universidad de Glasgow (Escocia), presentado en el Congreso Europeo de Obesidad, en el que se analizaron los perfiles de los 14 *influencers* más populares que promueven una vida aparentemente saludable en Reino Unido. En él, los investigadores participantes comprobaron que solo uno de cada nueve cumplía con criterios necesarios: basarse en una evidencia científica, tener conocimientos nutricionales, ser de confianza, imparcial y transparente. Fuente: El País (2019): https://elpais.com/elpais/2019/05/13/buenavida/1557758806_589528.html

comendaciones en materia de cuidados personales o de salud. En muchas ocasiones, esos consejos, además de no fundamentarse en base científica alguna, son inexactos, por lo que son susceptibles de causar daños a todas aquellas personas que decidan llevarlos a la práctica.

Sirva como ejemplo el supuesto, muy similar al que dio lugar a la sentencia que posteriormente analizaremos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) de 10 de junio de 2021, en el que una *influencer*, como remedio para aliviar el dolor reumático, recomiende a sus seguidores que se apliquen rábano rallado y lo dejen actuar en la zona afectada entre dos y cinco horas antes de retirarlo. Este consejo probablemente sea percibido por sus seguidores como un remedio fiable (ya que procede de alguien que les transmite confianza), y muchos de ellos lo sigan. Sin embargo, esta recomendación contiene un error, y es que el tiempo durante el que debe aplicarse la sustancia es inexacto: no son entre dos y cinco **horas**, sino entre dos y cinco **minutos**. De esta manera, aquellos seguidores que hayan seguido al pie de la letra lo indicado por la *influencer*, y hayan dejado actuar el rábano entre dos y cinco horas, han podido sufrir determinados daños consecuencia de ello.

Precisamente este mismo supuesto de hecho, pero con la variación de que el consejo inexacto en el que tienen origen los daños no se publicó en una red social, sino que lo hizo en un periódico impreso, dio lugar a que se pronunciara el TJUE, en su sentencia de 10 de junio de 2021¹⁰. El núcleo del pronunciamiento consiste en determinar si un consejo de salud inexacto inserto en un ejemplar físico de un diario, permite calificarlo como “producto defectuoso” en el sentido de la Directiva 85/374¹¹.

Debido a los paralelismos del caso con la problemática planteada, a continuación, se va a analizar la citada sentencia para, posteriormente, valorar si la conclusión alcanzada por el TJUE sería extensible al supuesto en el que el consejo inexacto se hubiera publicado por parte de un *influencer* en una red social, por ejemplo, en una cuenta de Instagram, en lugar de hacerlo en una publicación en papel.

1. El caso de un consejo de salud inexacto publicado en un periódico: Análisis de la sentencia del TJUE 10 de junio de 2021

La sentencia del TJUE de 10 de junio de 2021 aborda la cuestión de si se puede considerar producto defectuoso un ejemplar físico de un periódico que contiene un consejo de salud cien-

10 Véanse los apartados 13-23 de la citada sentencia, donde se explica en detalle los hechos del litigio principal.

11 Conviene destacar que el pasado 28 de septiembre de 2022 se publicó la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, (COM/2022/495) que, si finalmente prospera, modificará considerablemente el sistema previsto en la Directiva 85/374 vigente en la actualidad. La principal finalidad de esta modificación, es adaptar las normas de responsabilidad civil por productos defectuosos a los daños que pueden presentarse en la sociedad actual, marcada por la implementación de Internet y las nuevas tecnologías. No obstante, en principio, la interpretación realizada por el TJUE en su sentencia de 10 de junio de 2021, sería igualmente aplicable respecto del texto actual de la Propuesta de Directiva, no variando de esta manera la forma en que se habría resuelto el presente supuesto de haberse planteado más adelante, con la nueva normativa ya en vigor.

tíficamente inexacto, cuyo seguimiento es nocivo para la salud, de conformidad con el art. 2 en relación con los arts. 1 y 6 de la Directiva 85/374.

Dicha cuestión prejudicial es planteada por el *Oberster Gerichtshof* (en adelante, Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de Austria) en relación con un conflicto entre *KRONE – Verlag*, por un lado, empresa domiciliada en Austria propietaria y editora del periódico *Kronen-Zeitung*, y *VI*, por otro lado, nacional austriaca que sufrió lesiones corporales a consecuencia de haber seguido un consejo de salud inexacto publicado en dicho periódico, del que era suscriptora.

A) SUPUESTO DE HECHO Y CUESTIÓN PREJUDICIAL

En el asunto que da lugar al litigio principal, la demandada (*KRONE – Verlag*) publicó en el periódico *Kronen-Zeitung* un artículo bajo la rúbrica de “Mirada de cerca y vida sana” sobre los beneficios de la aplicación de rábano picante rallado, como remedio para el dolor reumático. Este artículo estaba firmado por una persona, miembro de una orden religiosa, el *Kräuterpfarrer Benedikt*, que, en su condición de experto en el ámbito de las hierbas medicinales, da consejos gratuitos en una columna publicada diariamente por el periódico. La redacción literal del artículo era la siguiente¹²:

“Alivio del dolor reumático

El rábano recién rallado puede ayudar a aliviar los dolores que aparecen en el curso de un proceso reumático. Las partes afectadas se untan primero con un aceite vegetal viscoso o con manteca de cerdo, antes de aplicar el rábano rallado y presionarlo. Esta capa puede dejarse actuar perfectamente entre dos y cinco horas, antes de retirarla. Este remedio ejerce un beneficioso efecto revulsivo.”

Sin embargo, como ya se ha avanzado con anterioridad, se trata de un consejo inexacto, en tanto que la duración durante la que debe aplicarse el rábano rallado no es de entre dos y cinco **horas**, sino de entre dos y cinco **minutos**.

La demandante (*VI*), tras haber leído el artículo en el periódico, y siguiendo las indicaciones ahí establecidas, procede a aplicarse la sustancia en el pie. Transcurridas alrededor de tres horas tiene que retirarla dado que comienza a sufrir fuertes dolores, como consecuencia de una reacción cutánea tóxica. Por este motivo, interpone una demanda contra *KRONE – Verlag*, reclamando que le abone 4.400€ en concepto de reparación por los daños corporales sufridos, y que se declare la responsabilidad de dicha editorial por todas las consecuencias dañosas presentes y futuras resultantes del incidente.

La demanda fue desestimada en primera instancia y en apelación¹³, motivo por el que la demandante interpone un recurso de casación ante el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de

12 Extraído del apartado 15 de la sentencia.

13 En primera instancia la demanda fue desestimada ya que el Tribunal consideró que la demandada había encargado la redacción del artículo a un experto en la materia, por lo que no tenía motivo para supervisar los textos que él le presentaba. En esta misma línea, al autor del artículo en cuestión no se le podía considerar una persona habitualmente negligente ni deliberadamente peligrosa. Por otro lado, si el error se hubiera

Austria. Ante la duda de si un editor de prensa o el propietario de un periódico puede ser considerado responsable, con arreglo a la Directiva 85/374, de las consecuencias dañosas derivadas de una información inexacta contenida en un artículo cuya publicación ha autorizado, decide interponer una cuestión prejudicial al TJUE¹⁴. En concreto, plantea la cuestión de si el art. 2, en relación con los arts. 1 y 6 de la citada Directiva, hay que interpretarlos en el sentido de que puede ser “producto defectuoso” un ejemplar físico de un diario que contiene un consejo de salud científicamente inexacto, cuyo seguimiento es nocivo para la salud.

El TJUE basa su pronunciamiento en tres argumentos principales, que se van a desarrollar a continuación: el concepto de “producto” a los efectos de la Directiva 85/374, los elementos para apreciar el carácter de “defectuoso” de un producto, y el contexto y los objetivos perseguidos por el legislador de la UE al elaborar la citada normativa.

B) EL CONCEPTO DE “PRODUCTO” PREVISTO EN LA DIRECTIVA 85/374

En primer lugar, el TJUE analiza qué se entiende por “producto” a los efectos de la Directiva 85/374. El art. 2 de dicha norma, proporciona una definición de “producto” en la que incluye cualquier bien mueble (excepto las materias primas agrícolas y los productos de la caza), y la electricidad.

Este concepto de “producto” se integra dentro del contexto general de la responsabilidad objetiva del productor¹⁵ por los daños causados por el carácter defectuoso de sus productos,

producido en el proceso de producción, el tribunal consideró que la demandada solo sería responsable si hubiera garantizado efectivamente la veracidad del contenido de su publicación. En el caso concreto, al tratarse de una publicación en un periódico de entretenimiento, y no de una publicación científica, no puede presumirse una garantía de exactitud del contenido del artículo y, en consecuencia, no se deriva responsabilidad alguna para la demandada. Posteriormente, el recurso de apelación fue desestimado por razones meramente de procedimiento, sin entrar en el fondo del asunto. Véase apartados 13-15 de las Conclusiones del Abogado General Sr. Gerard Hogan, presentadas el 15 de abril de 2021.

14 A favor de la responsabilidad del editor o propietario del periódico señala que hay determinadas obras impresas que precisamente son adquiridas por su contenido, de tal manera que las expectativas de los consumidores no se refieren únicamente a la obra impresa como objeto, sino también al contenido de esta. En ese caso, el editor, el autor y el impresor serían responsables de los daños ocasionados por esa “prestación intelectual defectuosa”, protegiendo de esa manera a las víctimas. No obstante, también señala otros argumentos en contra, entre los que destaca que las prestaciones intelectuales no son “productos” en el sentido de la Directiva 85/374 y que dicha normativa tenía la finalidad de proteger de la peligrosidad del bien en sí, y no de un consejo proporcionado a través de un soporte físico. En este sentido, considera que sería arbitrario vincular la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos a la circunstancia de que la información se haya recogido en un soporte físico. Véanse apartados 19-22 de la sentencia y los apartados 17 y 18 de las Conclusiones del abogado General.

15 El art. 3 de la Directiva define como “productor” a toda *“persona que fabrica un producto acabado, que produce una materia prima o que fabrica una parte integrante, y toda aquella persona que se presente como productor poniendo su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo en el producto”*. Por otra parte, la responsabilidad objetiva implica que no se exige la culpa o negligencia del productor, sino que basta con que la víctima pruebe que ha sufrido un daño, que el producto era defectuoso, y que hay un nexo causal entre el defecto y el daño. Sobre el régimen de la responsabilidad objetiva previsto en la citada Directiva véase, entre otros, GONZÁLEZ-VAQUÉ, L. “La responsabilidad civil por productos defectuosos: pers-

recogido en el art. 1 de la Directiva y en su considerando segundo. Tal y como señala el considerando tercero, dicho régimen de responsabilidad únicamente resulta aplicable a los bienes muebles producidos industrialmente o a los que se utilicen en la construcción de inmuebles o se incorporen a bienes inmuebles. La exigencia de este criterio de la responsabilidad objetiva es necesaria para una adecuada protección de los consumidores, que requiere que todo aquel que participa en un proceso de producción responda si el producto acabado o una de sus partes o las materias primas que hubiera suministrado fueran defectuosos¹⁶.

En consecuencia, de las consideraciones anteriores se desprende que un consejo de salud inexacto no puede ser calificado como producto a estos efectos, sino que se trata de un servicio, y los servicios no están comprendidos en el ámbito de aplicación de la referida Directiva¹⁷. No obstante, el periódico físico en el que se integra el consejo, sí que se ajusta a la definición de “producto” que se acaba de analizar.

Partiendo de esta premisa, el TJUE examina a continuación la cuestión de si un consejo de salud, que por su naturaleza constituye un servicio, al incorporarse a un bien mueble corporal como es un periódico impreso, puede conferir un carácter “defectuoso” al propio periódico por haber resultado ser inexacto.

C) ¿UN CONSEJO DE SALUD INEXACTO INSERTO EN UN PERIÓDICO FÍSICO, LE ATRIBUYE A ÉSTE EL CARÁCTER DE “DEFECTUOSO”?

De conformidad con el art. 6 de la Directiva, un producto es “defectuoso” cuando “*no ofrece la seguridad a la que una persona tiene legítimamente derecho, teniendo en cuenta todas las circunstancias, incluso: a) la presentación del producto; b) el uso que razonablemente pudiera esperarse del producto; c) el momento en que el producto se puso en circulación*”. Además, el carácter defectuoso del producto debe determinarse, tal y como el considerando sexto de

pectivas para la aplicación y el desarrollo de la Directiva 85/374/CEE”, *Estudios sobre consumo* (2001), pp. 81-105, especialmente pp. 84-86; o PAZOS CASTRO, R. “Un caso de responsabilidad por productos defectuosos: Los marcapasos y desfibriladores automáticos”, *Boletín do CEDE da USC*, vol. 1, 2016, pp. 23-3, especialmente p. 24.

16 Véanse los apartados 28-31 de la sentencia. No obstante, autores como PARRA LUCÁN, M. A. “La compatibilidad de la Directiva de responsabilidad por productos defectuosos y los regímenes de responsabilidad especiales “existentes” en el momento de su notificación”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo* N° 13/2015, p. 142 o HERNÁNDEZ RAMOS, C. “Responsabilidad por productos defectuosos en la Unión Europea. Comentarios sobre un antes y un después de la expedición de la directiva 347 de 1985”, *Revist@ e-Mercatoria*, vol. 17 n.º 1, enero-junio/2018, p. 107 recalcan que la Directiva no se concibió como un instrumento para la protección de los consumidores, sino que es un cuerpo normativo de responsabilidad civil.

17 Véanse los apartados 27 y 32 de la sentencia. Como novedad, la Propuesta de Directiva anteriormente referida, incorpora los “servicios digitales conexos”, que son los integrados o interconectados con el producto de tal manera que su ausencia le impida desempeñar sus funciones. A modo de ejemplo, el considerando 15 de la Propuesta hace referencia al suministro continuo de datos de tráfico en un sistema de navegación. Tras esto, clarifica que el presente instrumento no debe aplicarse a los servicios como tales, manteniendo de esta manera la distinción entre el régimen de responsabilidad civil por los daños causados por servicios, o por productos.

dicha norma indica, no por su falta de aptitud para el uso, sino por no cumplir las condiciones de seguridad a que tiene derecho el gran público¹⁸.

En este punto, el TJUE considera que la seguridad a la que una persona puede tener legítimamente derecho debe apreciarse teniendo en cuenta, en particular, el destino, las características y las propiedades objetivas del producto de que se trata, así como las características particulares del grupo de usuarios a los que está destinado ese producto¹⁹.

Por otro lado, coincide con el Abogado General al entender que son determinados elementos intrínsecos al propio producto, en particular, los relacionados con su presentación, su uso y el momento de su puesta en circulación, los que determinan el carácter de defectuoso de un producto²⁰.

En el caso concreto, el TJUE interpreta que el consejo inexacto es un servicio que no forma parte de los elementos intrínsecos al periódico impreso que constituye su soporte, en tanto que no se refiere ni a la presentación ni al uso de este²¹. En consecuencia, un consejo de salud inexacto incorporado a un periódico impreso, no puede conferir el carácter de “defectuoso” al propio periódico, ya que no forma parte de los elementos intrínsecos a dicho producto, que son los únicos que permiten apreciar si el mismo es defectuoso²².

Pese a que tras este segundo argumento ya se puede sospechar la conclusión alcanzada por el TJUE en el presente asunto, el Tribunal analiza asimismo el contexto y objetivos de la Directiva con carácter previo a proporcionar la respuesta a la cuestión prejudicial.

D) CONTEXTO Y OBJETIVOS DE LA DIRECTIVA 85/374

Al inicio de su argumentación, el Tribunal recuerda, de forma preliminar, que la interpretación de una disposición del Derecho de la UE debe realizarse atendiendo no solo a su redacción,

18 En consecuencia, tal apreciación ha de hacerse atendiendo a las expectativas legítimas del gran público, tal y como señala el TJUE en el apartado 33 de la sentencia analizada, y en jurisprudencia anterior como la sentencia de 5 de marzo de 2015, *Boston Scientific Medizintechnik*, C-503/13 y C-504/13, EU:-C:2015:148, apartado 37).

19 Véase el apartado 34 de la sentencia.

20 Véase el apartado 35 de la sentencia y el 29 de las conclusiones del Abogado General.

21 En la misma línea se pronunció el Abogado General, Gerard Hogan, en sus conclusiones. Resulta especialmente interesante la distinción que hace entre un defecto en el contenido intelectual de un producto (como ocurre en el supuesto de un consejo inexacto inserto en un periódico físico) y un defecto de un producto físico en sí mismo (como podría ser un diario físico que ha empleado tinta tóxica, susceptible de provocar daños corporales a sus lectores). Mientras que este segundo grupo de defectos sí que estarían protegidos al amparo de la Directiva 85/374, los defectos intelectuales son calificados por el Sr. Gerard Hogan como servicios y, por consiguiente, están excluidos del ámbito de aplicación de la citada Directiva (apartados 26-29 de las conclusiones del Abogado General). Sobre esta cuestión profundiza TAPIA HERMIDA, A. J. “La noción de «producto defectuoso» generador de la responsabilidad civil a efectos de la Directiva 85/374/CEE. Sentencia del Tribunal de Justicia 10 de junio de 2021 (asunto C– 65/20)”, *La Ley Unión Europea*, Nº 95, 2021, pp. 4-5.

22 Véase el apartado 36 de la sentencia.

sino también al contexto en el que se inscribe y los objetivos que persigue el acto en el que se integra²³.

Por este motivo, en su argumentación valora no solo el tenor literal y el contexto de los preceptos ya analizados de la Directiva 85/374, sino también los objetivos perseguidos por ésta. Así, destaca la ausencia de disposiciones en la citada Directiva sobre una hipotética responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos por un servicio del que el producto solo constituye el soporte físico. Esta laguna, desde el punto de vista del Tribunal, no es algo casual, sino que revela la voluntad del legislador de la UE de regular de manera diferenciada el régimen de responsabilidad del prestador de servicios y el de los fabricantes de productos acabados, como resultado de un complejo proceso de ponderación realizado entre diferentes intereses²⁴.

En consecuencia, el TJUE sostiene que un consejo de salud inexacto, publicado en un periódico impreso, queda fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 85/374 y no puede conferir el carácter de defectuoso a dicho periódico ni puede generar, sobre la base de esta Directiva, la responsabilidad objetiva del productor²⁵. De lo contrario, ello tendría como consecuencia no solo ignorar la distinción realizada por el legislador de la Unión entre “productos” y “servicios” y la exclusión de estos del ámbito de aplicación de dicha Directiva, sino, asimismo, provocar que los editores de periódicos fueran responsables objetivos de los daños causados por estos consejos inexactos. Tal resultado menoscabaría el objetivo apuntado en el considerando séptimo de la Directiva, consistente en garantizar un justo reparto de los riesgos entre el perjudicado y el productor, que implica que este último debería poder liberarse de la responsabilidad si presentara pruebas de que existen circunstancias que le eximan de la misma²⁶.

E) CONCLUSIÓN DEL TJUE

Como consecuencia de todo lo anterior, el TJUE responde a la cuestión prejudicial planteada en el sentido de que el artículo 2 de la Directiva 85/374, analizado a la luz de los artículos 1 y 6 de dicha Directiva, debe interpretarse en el sentido de que un ejemplar de un periódico impreso que incluye un consejo de salud inexacto, cuyo seguimiento ha causado un daño a la salud de un lector de dicho periódico, no constituye un “producto defectuoso”, a los efectos de la normativa referida²⁷.

No obstante, precisa que, si bien este régimen de responsabilidad objetiva por los daños causados por productos defectuosos, previsto en la Directiva 85/374, no es aplicable en este supues-

23 Así lo indica en el apartado 25 de la sentencia.

24 La existencia de estos dos regímenes de responsabilidad diferenciados se desprende ya de la Propuesta de Directiva del Consejo sobre la responsabilidad del prestador de servicios, presentada por la Comisión el 9 de noviembre de 1990. Véase el apartado 37 de la sentencia y otra jurisprudencia del TJUE como la sentencia de 21 de diciembre de 2011 *Dutruieux*, C-495/10, EU:C:2011:869, apartados 22, 32 y 33.

25 Véase el apartado 39 de la sentencia.

26 Véase el apartado 40 de la sentencia.

27 Véase el apartado 42 de la sentencia.

to, sí que se podría recurrir a otros regímenes de responsabilidad contractual o extracontractual más apropiados, que se basen en fundamentos diferentes, como la obligación de saneamiento por vicios ocultos o la culpa²⁸.

2. Extrapolación de la jurisprudencia del TJUE al supuesto de un consejo de salud inexacto publicado por un *influencer* en redes sociales

Tras el análisis de la sentencia del TJUE de 10 de junio de 2021, procede retomar el caso anunciado anteriormente de un *influencer* que, a través de su cuenta, por ejemplo, de Instagram, emite un consejo de salud inexacto, que causa daños a uno de sus seguidores que ha decidido ponerlo en práctica.

Como se acaba de observar, la problemática de los consejos inexactos no es algo particular de las redes sociales, ya que desde que existen las revistas o periódicos impresos, son muy habituales las secciones en las que se proporcionan consejos de salud que, si contienen errores y causan daños, pueden generar las responsabilidades oportunas. Lo característico, en cambio, es el medio en el que se vierten estos consejos inexactos, que ha pasado de ser un soporte físico, de alcance más limitado, a ser las redes sociales, con alcance universal.

Habida cuenta de los hechos que dieron lugar al asunto C-65/20, los paralelismos con el supuesto hipotético aquí planteado son manifiestos. La única diferencia es precisamente el modo de difusión del consejo inexacto: a través de un diario físico o de una red social como Instagram. Ello permite seguir la línea argumental del TJUE también en estos casos en los que el consejo de salud inexacto se difunda a través de una red social²⁹.

Como se ha señalado, el TJUE descartó por completo la posibilidad de considerar al propio consejo de salud como “producto”, recalcó su calificación como “servicio”, y resolvió que

28 Véase el apartado 41 de la sentencia, en el que se menciona, por analogía, la sentencia de 25 de abril de 2002, *González Sánchez*, C 183/00, EU:C:2002:255, apartado 31

29 La necesidad de alcanzar una igualdad de soluciones en supuestos de consejos inexactos que causan daños, con independencia del medio en que tales consejos sean recogidos, es puesta de manifiesto por el propio Abogado General. En concreto, se ocupa de esta cuestión al analizar si un consejo de salud inexacto inserto en un producto como es un periódico físico, le confiere a éste el carácter de defectuoso, algo que llevaría a la aplicación de la Directiva 85/374 pero, inevitablemente, impondría una solución contraria si el consejo de salud en vez de insertarse en un “producto” lo hace en un soporte inmaterial. Ello llevaría a situaciones incoherentes como que la responsabilidad derivada de los daños ocasionados por un consejo de salud inexacto publicado en un periódico físico sí que estarían incluidos en el ámbito de la Directiva 85/374, pero los derivados del mismo consejo publicado en un periódico digital o en una cuenta de Instagram, quedarían excluidos. De estas incoherencias es consciente el Abogado General que en el apartado 30 de sus conclusiones señala expresamente lo siguiente: “*Si bien puede ser cierto que resulta cada vez más complicado distinguir entre productos y servicios, debido a los avances tecnológicos, tal valoración, que puede inducir al legislador a actuar, no permite la aplicación de la Directiva 85/374 en circunstancias distintas de las que actualmente regula, de conformidad con su claro tenor. Esto resulta especialmente cierto si se tiene en cuenta que la ampliación de su ámbito de aplicación a los casos de información contenida en un bien mueble daría lugar a otras incoherencias. Por ejemplo, ¿por qué ha de haber responsabilidad objetiva por la información contenida en una publicación, pero no por los consejos dados en la radio o en la televisión?*”.

estos consejos de salud inexactos insertos en un periódico físico, no le confieren a éste el carácter de defectuoso, no siendo posible desplegar la responsabilidad objetiva derivada de la Directiva 85/374. Por consiguiente, aplicando por analogía la jurisprudencia del TJUE, en el caso de consejos inexactos publicados en redes sociales por parte de *influencers* tampoco resultaría de aplicación dicha normativa.

En consecuencia, parece claro que no es posible acudir al régimen de responsabilidad objetiva previsto en la Directiva 85/374 pero, al igual que ocurría en el asunto C-65/20, sí que cabría la posibilidad de recurrir a otros regímenes de responsabilidad que se basen en fundamentos diferentes, como sería la responsabilidad por daños extracontractuales.

3. Otras vías de responsabilidad de los *influencers*: responsabilidad por daños extracontractuales

Con carácter previo, es preciso hacer hincapié de nuevo en que el contenido subido a redes sociales es accesible prácticamente desde cualquier lugar del mundo, de tal manera que estos consejos emitidos por un *influencer* en un determinado país, pueden provocar daños a un seguidor residente en cualquier otro Estado diferente. Por este motivo, el análisis realizado mantiene una perspectiva internacional privatista aunque, con la finalidad de limitar el objeto de estudio, se va a ceñir a los supuestos acaecidos dentro de la UE, tal y como se ha avanzado con anterioridad.

En este contexto, siguiendo las directrices marcadas por la jurisprudencia del TJUE, la responsabilidad que puede derivar de consejos de salud inexactos publicados en redes sociales ha de calificarse como “extracontractual”, en tanto que se trata de una situación en la que no existe ningún compromiso libremente asumido de una parte respecto de la otra³⁰. En efecto, la materia delictual o cuasidelictual comprende toda pretensión dirigida a exigir la responsabilidad de un demandado y que no esté relacionada con la materia contractual³¹.

Partiendo de esta base, los seguidores afectados por estos consejos de salud inexactos realizados por *influencers*, podrían sustentar sus reclamaciones por los daños causados, con base en esta responsabilidad extracontractual. Así, según reiterada jurisprudencia del TJUE, la responsabilidad delictual o cuasidelictual solo surge cuando se prueba una relación de causalidad entre el daño y el hecho que lo origina³².

30 Interpretación mantenida por el TJUE en reiterada jurisprudencia. Entre otras, véanse las sentencias de 17 de junio de 1992, *Handte* (C-26/91, EU:C:1992:268); de 14 de marzo de 2013, *Česká spořitelna*, C-419/11, EU:C:2013:165; de 28 de enero de 2015, *Kolassa*, C-375/13, EU:C:2015:37; de 21 de abril de 2016, *Austro-Mechana*, C-572/14, EU:C:2016:286; o más recientemente la sentencia de 11 de noviembre de 2020, *Ellmes Property Services*, C-433/19, EU:C:2020:900.

31 Véase, entre otras, la sentencia del TJUE de 27 de septiembre de 1988, *Kalfelis/Schröder y otros*, C-189/87, EU:C:1988:459, apartados 17 y 18; la sentencia del TJUE de 12 de septiembre de 2018, *Löber*, C-304/17, EU:C:2018:701, apartado 19; y la sentencia del TJUE de 21 de abril de 2016, *Austro-Mechana*, C-572/14, EU:C:2016:286, apartado 32.

32 Véanse, entre otras, las siguientes sentencias del TJUE: sentencia de 21 de abril de 2016, *Austro-Mechana*, C-572/14, EU:C:2016:286, apartado 41; sentencia de 30 de noviembre de 1976, *Handelskwekerij Bier/*

En los casos en los que se desencadena una litigación internacional, son 3 las cuestiones a resolver, relacionadas con los 3 sectores de la disciplina: ¿Qué tribunal sería competente para conocer del asunto? ¿Qué ley resultaría de aplicación? Si finalmente se dictara una sentencia, ¿podría reconocerse y/o ejecutarse en todos los Estados implicados? En concreto, el presente trabajo se va a centrar en analizar las principales problemáticas que surgen en relación con los dos primeros sectores del Derecho Internacional Privado: competencia judicial internacional y Derecho aplicable.

Conviene también resaltar que el supuesto objeto de análisis que da lugar a litigación internacional son las reclamaciones de indemnización por daños y perjuicios, interpuestas por una persona individual que ha sufrido daños como consecuencia de un consejo de salud erróneo emitido por un *influencer* en sus redes sociales. Por tanto, no abarca otras posibles acciones que se pudieran derivar de la publicación de una recomendación inexacta, como serían las acciones de rectificación o de supresión de los contenidos, que podrían interponerse incluso cuando no se hubiera materializado todavía ningún daño, o las acciones colectivas.

A) COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL: INTERPRETACIÓN DEL ART. 7.2. RBIBIS

Para determinar la competencia judicial internacional en estos supuestos, los tribunales de los Estados miembros acudirán al Reglamento 1215/2012 (en adelante Reglamento Bruselas I bis), siempre y cuando el *influencer* demandado esté domiciliado en un Estado miembro y se cumplan el resto de ámbitos de aplicación del texto reglamentario³³. De conformidad con los foros previstos en dicho instrumento, sin perjuicio de la posibilidad de las partes de someterse a los tribunales del Estado que ambos acuerden, van a concurrir, de un lado, el foro general del domicilio del demandado (art. 4) y, de otro lado, el foro especial en materia delictual o cuasi delictual (art. 7.2.)³⁴.

Mines de Potasse d'Alsace, C-21/76, EU:C:1976:166, apartado 16; sentencia de 5 de febrero de 2004, *DFDS Torline*, C-18/02, EU:C:2004:74, apartado 32; y sentencia de 9 de diciembre de 2021, *HRVATSKE ŠUME*, C-242/20, EU:C:2021:985, apartados 52 y 53.

33 Además del criterio de aplicación personal, que requiere que el demandado esté domiciliado en un Estado Miembro, son 3 los ámbitos de aplicación que se tienen que cumplir. En primer lugar, el ámbito espacial o territorial consiste en que el Reglamento Bruselas I bis se aplica para determinar la competencia judicial internacional de los Tribunales de los Estados miembros, incluida Dinamarca. Por su parte, el ámbito material se cumple si se trata de un conflicto en materia civil y mercantil, algo que sucede en los litigios sobre responsabilidad extracontractual. Finalmente, el Reglamento se aplica a las acciones judiciales ejercitadas a partir del 10 de enero de 2015. De no ser aplicable el Reglamento Bruselas I bis, en defecto asimismo de instrumento bilateral o multilateral en el que España fuera parte, sería de aplicación la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). En concreto, cabe resaltar el art. 22 quinquies b), que prevé un foro específico en materia de obligaciones extracontractuales, que hace competentes a los tribunales españoles cuando el hecho dañoso se haya producido en territorio español.

34 Al ser foros concurrentes, es el demandante el que, a su elección, puede acudir a los tribunales del Estado miembro del domicilio del demandado, o a los tribunales competentes en virtud del foro especial. Véase ESPLUGUES MOTA, C./PALAO MORENO, G./IGLESIAS BUHIGUES, J.L. *Derecho Internacional Privado*, 16ª edición, Tirant lo Blanch, p. 150

El foro del domicilio del demandado no plantea problemas en estos casos. Al contrario, facilita la concentración ante un único tribunal de las reclamaciones frente a una persona en relación con información publicada a través de Internet.

Ahora bien, el foro en materia delictual o cuasidelictual previsto en el art. 7.2. requiere de interpretación en el concreto supuesto que nos ocupa.

Con carácter previo, conviene recordar que este foro, al igual que el resto de foros especiales, debe interpretarse en sentido restrictivo, sin que quepa una interpretación que vaya más allá de los supuestos explícitamente previstos en el Reglamento³⁵. Así, la norma de competencia prevista en el art. 7.2. se basa en la existencia de una conexión particularmente estrecha entre la controversia y los tribunales del lugar en que se ha producido el hecho dañoso, que justifica una atribución de competencia a dichos tribunales por razones de buena administración de justicia y de una sustanciación adecuada del proceso³⁶.

El foro especial en materia de obligaciones extracontractuales, por tanto, indica que serán competentes los tribunales del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso.

Como se ha indicado con anterioridad, la responsabilidad delictual o cuasidelictual solo surge cuando existe una relación de causalidad entre el daño y el hecho que lo origina. Ello justifica que el TJUE, en reiterada jurisprudencia³⁷, haya interpretado que, en aquellos casos en los que ambos elementos se encuentran en distintos lugares (lo que ocurre en los denomi-

35 Así lo ha reiterado el TJUE, entre otras, en la sentencia de 16 de enero de 2014, *Kainz*, C-45/13, EU:C:2014:7, apartado 22; sentencia de 18 de julio de 2013, *ÖFAB*, C-147/12, ECLI:EU:C:2013:490, apartado 31; sentencia de 27 de septiembre de 1988, *Kalfelis/Schröder y otros*, C-189/87, EU:C:1988:459, apartado 19; sentencia de 9 de diciembre de 2021, *HRVATSKE ŠUME*, C-242/20, EU:C:2021:985, apartado 28; sentencia de 21 de abril de 2016, *Austro-Mechana*, C-572/14, EU:C:2016:286, apartado 29; sentencia de 16 de junio de 2016, *Universal Music International Holding*, C-12/15, EU:C:2016:449, apartado 25; sentencia de 28 de enero de 2015, *Kolassa*, C-375/13, EU:C:2015:37, apartado 43; sentencia de 21 de mayo de 2015, *CDC Hydrogen Peroxide*, C-352/13, EU:C:2015:335, apartado 37; y sentencia de 4 de octubre de 2018, *Feniks*, C-337/17, EU:C:2018:805, apartado 37.

36 Véanse, en este sentido, las sentencias del TJUE de 19 de septiembre de 1995, *Marinari*, C-364/93, EU:C:1995:289, apartado 10; de 10 de marzo de 2022, *BMA Nederland*, C-498/20, EU:C:2022:173, apartado 29; de 21 de diciembre de 2021, *Gfflix Tv*, C-251/20, EU:C:2021:1036, apartado 24; de 17 de octubre de 2017, *Bolagsupplysningen y Ilsjan*, C-194/16, EU:C:2017:766, apartado 26; de 21 de abril de 2016, *Austro-Mechana*, C-572/14, EU:C:2016:286, apartado 30; de 16 de junio de 2016, *Universal Music International Holding*, C-12/15, EU:C:2016:449, apartado 26; de 9 de diciembre de 2021, *HRVATSKE ŠUME*, C-242/20, EU:C:2021:985, apartado 50; de 25 de octubre de 2011, *eDate Advertising y otros*, C-509/09 y C-161/10, EU:C:2011:685, apartado 40; de 22 de enero de 2015, *Hejduk*, C-441/13, EU:C:2015:28, apartado 19; de 18 de julio de 2013, *ÖFAB*, C-147/12, EU:C:2013:490, apartado 49, y de 24 de noviembre de 2020, *Wikingerhof*, C-59/19, EU:C:2020:950, apartado 28.

37 Véase, entre otras, la sentencia de 30 de noviembre de 1976, *Handelskwekerij Bier/Mines de Potasse d'Alsace*, C-21/76, EU:C:1976:166, apartado 24; sentencia de 19 de septiembre de 1995, *Marinari*, C-364/93, EU:C:1995:289, apartado 11; sentencia de 16 de enero de 2014, *Kainz*, C-45/13, EU:C:2014:7, apartado 23; sentencia de 16 de julio de 2009, *Zuid-Chemie*, C-189/08, EU:C:2009:475, apartado 23; sentencia de 5 de febrero de 2004, *DFDS Torline*, C-18/02, EU:C:2004:74, apartado 40; y sentencia de 3 de octubre de 2013, *Pinckney*, C-170/12, EU:C:2013:635, apartado 26.

nados ilícitos a distancia), el art. 7.2. se tiene que referir a ambos. De esta manera, “el lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso”, a los efectos del art. 7.2., se refiere tanto al lugar donde se origina el hecho del que puede derivar una responsabilidad delictual o cuasidelictual (hecho causal), como al lugar en que este hecho haya ocasionado un daño. Esta interpretación ha dado lugar a la denominada “teoría de la ubicuidad”³⁸, que posibilita el “*favor laesi*”, de tal forma que serán competentes tanto los tribunales del lugar del hecho causal (para conocer de la totalidad de los daños causados), como los tribunales del lugar en el que se produjo el resultado dañoso (para conocer únicamente de los daños causados en ese territorio). Y será la víctima la que pueda optar entre interponer la demanda ante éstos o ante aquellos.

En el supuesto planteado, el hecho del que puede derivar una responsabilidad extracontractual es la publicación por parte del *influencer*, de un consejo de salud erróneo, y los daños causados son los daños personales que ha sufrido el seguidor que ha puesto en práctica ese consejo inexacto. El mayor escollo surge al delimitar cuál es el lugar donde se origina el hecho causal, y cuál es el lugar donde se produce el resultado dañoso. Esta cuestión es fundamental para aplicar correctamente el foro del art. 7.2. del Reglamento Bruselas I bis, y también para apreciar si se trata de un ilícito a distancia o, por el contrario, el lugar del hecho causal coincide con el lugar donde se produce el resultado dañoso.

a) Lugar del hecho causal

En el supuesto planteado, el hecho causal consiste en la publicación en una cuenta de Instagram de un consejo de salud inexacto que, una vez puesto en práctica por una persona (seguidor), le provoca determinados daños. El hecho del que puede derivar una responsabilidad delictual o cuasidelictual, por tanto, se difunde a través de Internet, lo que dificulta la concreción del lugar en el que se ha producido y exige una interpretación adaptada al contexto creado por las nuevas tecnologías³⁹.

Esta adaptación ya la ha realizado, en parte, el TJUE en reiterada jurisprudencia, si bien centrada especialmente en los supuestos de vulneración de los derechos de la personalidad, dere-

38 El origen de esta teoría se encuentra en la ya citada sentencia del TJUE de 30 de noviembre de 1976, asunto 21/76, *Handelskwekerij G. J. Bier BV contra Mines de potasse d'Alsace SA*.

39 Al respecto véase SABIDO RODRÍGUEZ, M. “Comentario al artículo 7.2”, *AAVV Comentario al Reglamento (UE) n° 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil: Reglamento Bruselas I*, p.189; BLANCO-MORALES LIMONES, P. “Artículo 5 apartado 3”, CALVO CARAVACA, A.L. (Ed.) *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1994, p. 120; PALAO MORENO, G. “Competencia judicial internacional en supuestos de responsabilidad civil en Internet”, PLAZA PENADÉS, J. (Coord.) *Cuestiones actuales de Derecho y Tecnologías de la Información y la Comunicación (TICs)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2006, p. 276; DIAGO DIAGO, M.P. “Ciberactivismo, «Lex» informática, «blockchain» y oráculos: desafíos en la era digital”, CASTELLÓ PASTOR, J.J. (Dir.) *Desafíos jurídicos ante la integración digital: aspectos europeos e internacionales*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 443-467; DIAGO DIAGO, M.P. “La residencia digital como nuevo factor de vinculación en el Derecho Internacional Privado del Ciberespacio ¿posible conexión de futuro?”, *Diario La Ley*, N° 8432, Sección Tribuna, 1 de Diciembre de 2014, Año XXXV, Editorial LA LEY.

chos de autor o vulneración de marca producidos a través de la red⁴⁰. En concreto, se trataba de litigios en torno a la lesión de estos derechos mediante contenidos publicados en sitios de Internet. En estos supuestos, el TJUE interpretó que el lugar donde se produce el hecho causal es el Estado contratante del lugar de establecimiento del emisor de la publicación de la información infractora⁴¹.

De manera paralela, dado que en nuestro caso concreto el hecho causal también consiste en la publicación en Internet de una información que acaba provocando daños a una persona, una posible interpretación sería entender que el lugar donde se produce el hecho generador del daño es el Estado miembro donde tiene su establecimiento⁴² el *influencer* que emite el consejo de salud inexacto.

Esta interpretación parece más apropiada que entender que el lugar donde se produce el hecho causal es el Estado miembro desde el cual el *influencer* publica el consejo de salud inexacto, dado que puede tratarse de un lugar totalmente fortuito, que no sea reflejo de una conexión suficiente entre el conflicto y los tribunales de dicho Estado. Ello sería contrario a los principios de previsibilidad y proximidad en los que se basa el foro previsto en el art. 7.2. del Reglamento⁴³. Basta con imaginar una *influencer* con domicilio en España que, aprovechando las dos

40 En su sentencia de 25 de octubre de 2011, asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10, *eDate/Olivier Martinez*, el TJUE señala expresamente que el art. 5.3 del Reglamento Bruselas I (actual art. 7.2. del Reglamento Bruselas I bis) debe ser adaptado al contexto de Internet

41 Véase el apartado 42 y el 52 de la ya mencionada sentencia de 25 de octubre de 2011, asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10, *eDate/Olivier Martinez*. Asimismo, en las sentencias del TJUE de 19 de abril de 2012, *Wintersteiger*, C-523/10 (apartados 34-38) y de 22 de enero de 2015, *Hejduk*, C-441/13 (apartados 24 y 25) se establece que en situaciones de vulneración de una marca o de los derechos de autor mediante contenidos publicados en Internet, procede considerar como hecho causal el desencadenamiento del proceso técnico consistente en exhibir el contenido infractor en un sitio de Internet. Por lo tanto, el hecho que genera una eventual vulneración de los derechos de autor reside en la conducta del propietario de dicho sitio. De esta manera, el TJUE considera que el lugar donde se decide el desencadenamiento del proceso de exhibición del contenido es el lugar de establecimiento del emisor de dicho contenido.

42 Como se analizará posteriormente, el concepto de “establecimiento” del *influencer* también requiere de interpretación. Una posibilidad sería entender que el término “establecimiento” coincide con el de “domicilio”, mientras que otra alternativa sería valorar que el “establecimiento” del *influencer* es el lugar de “ubicación de la cuenta” desde la que ha publicado el consejo.

43 Según reiterada jurisprudencia del TJUE, la regla de competencia especial establecida en el art. 7.2. del Reglamento Bruselas I bis, como excepción al principio de la competencia de los órganos jurisdiccionales del domicilio del demandado, se basa en la existencia de una conexión particularmente estrecha entre la controversia y el órgano jurisdiccional del lugar en que se ha producido el hecho dañoso, que justifica una atribución de competencia a dicho órgano jurisdiccional por razones de buena administración de la justicia y de una sustanciación adecuada del proceso (véase la sentencia de 16 de julio de 2009, *Zuid-Chemie*, C-189/08 y sentencia de 25 de octubre de 2011, asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10, *eDate/Olivier Martinez*). De hecho, en la STJUE de 19 de abril de 2012, *Wintersteiger*, C-523/10 (apartados 36-37) se reconoce que, aunque el desencadenamiento del proceso técnico de exhibición del anuncio que vulnera la marca se efectúa en un servidor perteneciente al explotador del motor de búsqueda utilizado por el anunciante, el lugar de establecimiento de dicho servidor, dada su incierta ubicación, no podría considerarse el lugar del hecho causal a efectos de la aplicación del artículo 5, número 3, del Reglamento N° 44/2001. En cambio, sí que procede declarar que el lugar de establecimiento del anunciante es el lugar donde se decide el desencadenamiento del proceso de exhibición del anuncio, por tratarse de un lugar cierto e identificable, tanto para el demandante como para el demandado, facilitando en consecuencia la administración de la

horas de escala que tiene que hacer en el aeropuerto de Atenas (Grecia), publica el consejo de salud desde allí y causa daños a una seguidora con residencia habitual en Francia. En este supuesto, para la demandada no es posible prever razonablemente que el tribunal griego está en las mejores condiciones posibles para pronunciarse sobre el conflicto, basándose únicamente en la circunstancia meramente casual de que publicó el consejo desde la ciudad griega.

En consecuencia, parece más razonable interpretar que el lugar donde se produce el hecho causal es el Estado miembro donde tiene su establecimiento el *influencer* que emite el consejo de salud inexacto, con independencia del Estado desde el que se realiza tal publicación. No obstante, la interpretación del concepto de “establecimiento” del *influencer* tampoco está exenta de dificultades ya que es un término que requiere de interpretación para estos concretos supuestos.

Una posibilidad sería entender que el concepto de “establecimiento” en relación con una persona física, es equivalente al de “domicilio”⁴⁴. De esta manera, el lugar donde se produce el hecho causal llevaría en estos supuestos al lugar del domicilio del *influencer*.

Otra opción sería atender a nuevos factores de vinculación, e interpretar que el “establecimiento” del *influencer* es el lugar de “ubicación de la cuenta” desde la que ha publicado el consejo que ha dado lugar a la controversia. En ocasiones, las redes sociales muestran la “ubicación de la cuenta”. Este criterio, que no tiene por qué coincidir con el del domicilio del *influencer*⁴⁵, permitiría localizar con precisión cuál es el lugar del hecho causal, a la par que proporcionaría previsibilidad, ya que todo aquél que sigue a otra persona en una red social, podría conocer de manera sencilla cuál es la ubicación de la cuenta. Sin embargo, este criterio plantea al menos 3 problemas.

En primer lugar, la ubicación de la cuenta es una información que no se muestra en todas las redes sociales. A modo de ejemplo, en TikTok o Facebook no hay un apartado específico en el que se mencione la ubicación de la cuenta. De esta forma, salvo que el propietario de la cuenta indique su ubicación de manera voluntaria en la descripción o en alguna otra sección de su perfil (algo que tampoco es muy habitual), es una información que no va a constar⁴⁶. En Instagram, en cambio, sí que hay un apartado relativo a la ubicación de la cuenta. Según datos extraídos de la propia red social, la ubicación de la cuenta la determina de manera automática Instagram, con arreglo a la información sobre la conexión, como las direcciones IP de los dispositivos; y a la actividad al emplear la cuenta, como etiquetas de ubicación de fotos, vídeos o publicaciones con las que se interactúa. No obstante, el propietario de la cuenta

prueba y la sustanciación del procedimiento. Todo ello sobre la base del objetivo de previsibilidad al que deben orientarse las reglas de competencia.

44 Si se tratara de una persona jurídica, el concepto de “establecimiento” podría equipararse con el centro de actividad principal del autor del daño.

45 A modo de ejemplo, a fecha de noviembre de 2023, Cristiano Ronaldo tiene su domicilio en Riad (Arabia Saudí), mientras que en su cuenta de Instagram consta como ubicación de la cuenta Portugal. Igualmente, en esta misma fecha Shakira reside en Miami (Estados Unidos), mientras que la ubicación de su cuenta de Instagram es México.

46 Algo común en las políticas de privacidad de ambas redes sociales es que son los propios usuarios los que deciden qué datos y qué contenido desean hacer público y cuál no. De esta manera, ni Facebook ni TikTok hacen pública información no proporcionada por los usuarios.

puede optar por no compartir con el público este dato, por lo que aun en Instagram, es fácil encontrar numerosas cuentas en las que no conste cuál es su ubicación. Ello imposibilitaría la determinación del lugar del establecimiento del *influencer* y, por consiguiente, del lugar donde se ha producido el hecho causal. En estos supuestos, si el lugar del hecho causal no está determinado ni resulta determinable, solo cabría demandar al *influencer* ante el tribunal del lugar del resultado dañoso⁴⁷.

El segundo problema consiste en que la información puede no coincidir entre las distintas redes sociales del *influencer*. Es decir, un *influencer* puede indicar expresamente en TikTok que su ubicación es, por ejemplo, Zaragoza (España); mientras que en Instagram (que determina de manera automática la ubicación de la cuenta sin que el propietario pueda elegirla) conste que la ubicación es, a modo de ejemplo, Francia. Más allá de la evidente confusión que esta situación acarrearía, el uso de este criterio llevaría a entender que, si el consejo erróneo ha sido publicado en TikTok, el lugar del hecho causal sería Zaragoza (España), mientras que, si se ha publicado en Instagram dicho lugar sería Francia. Además, si se hubiera publicado en las dos redes sociales, serían dos los lugares de ubicación de la cuenta, surgiendo así el interrogante de si los dos se podrían considerar “establecimiento” del *influencer*.

En tercer lugar, si es el propio *influencer* el que determina de manera unilateral cuál es la ubicación de su cuenta, ello podría propiciar que se escoja atendiendo a distintos intereses relacionados, por ejemplo, con la legislación aplicable, y no se trate de un lugar verdaderamente vinculado con el caso concreto.

Todos estos escollos que presenta en la actualidad el criterio “ubicación de la cuenta” llevan a concluir que, en principio, parece más adecuado entender que el establecimiento del *influencer* coincide con el lugar de su domicilio y no con la ubicación de la cuenta. De esta manera se respetarían los principios de proximidad razonable y de previsibilidad que fundamentan el foro especial en materia delictual o cuasidelictual. Si bien, de no poder determinarse el lugar de su domicilio, o de existir serias dudas, no sería posible acudir, en virtud del foro especial del art. 7.2., a los tribunales del lugar donde se ha producido el hecho causal.

b) Lugar donde se produce el resultado dañoso

En cuanto a la determinación del lugar donde se produce el resultado dañoso, el TJUE ya ha precisado, con carácter general, que dicho lugar es aquel donde el hecho del que puede derivarse una responsabilidad delictual o cuasidelictual haya ocasionado un daño, bien sea éste un daño físico o de otra índole⁴⁸. Es decir, es el lugar en el que se producen los efectos dañosos, donde el perjuicio se manifiesta de forma concreta⁴⁹. Partiendo de aquí, son dos las principales

47 Véase SABIDO RODRÍGUEZ, M. “Comentario al artículo 7.2”, *op. cit.*, p. 210. Lo mismo ocurriría si es un lugar fortuito y poco previsible, al tratarse de tribunales poco vinculados con el supuesto litigioso PALAO MORENO, G. “Competencia judicial internacional en supuestos de responsabilidad civil en Internet”, *op. cit.*, pp. 289-290.

48 Así lo ha hecho, entre otras, en sus sentencias de 16 de julio de 2009, *Zuid-Chemie*, C-189/08, apartado 26, o de 19 de abril de 2012, *Wintersteiger*, C-523/10, apartado 21.

49 Véase GOÑI URRIZA, N. “La concreción del lugar donde se ha producido el hecho dañoso en el artículo 5.3. del Reglamento 44/2001: Nota a la STJCE de 16 de julio de 2009”, *Cuadernos de Derecho Transna-*

interpretaciones que podrían seguirse para resolver cuál es el lugar donde se produce el resultado dañoso en nuestro supuesto particular.

La primera posibilidad sería entender que dicho lugar es el lugar donde la víctima pone en práctica el consejo inexacto, ya que es ahí donde se materializa el daño. A pesar de que puede tratarse de un lugar meramente circunstancial, y no ser expresión de una proximidad suficiente, la atribución de competencia con base en el lugar de manifestación del daño, solo está su-peditada al requisito de que el contenido lesivo sea o haya sido accesible en dicho territorio⁵⁰. Lo establece de forma contundente el TJUE en su sentencia de 21 de diciembre de 2021, *Gtfflix Tv contra DR*, C-251/20, apartado 41. En este mismo sentido, se pronunció también el TJUE en sentencias de 3 de octubre de 2013, *Peter Pinckney contra KDG Mediatech AG*, C-170/12, apartado 42, y de 22 de enero de 2015, *Hejduk*, C-441/13, apartado 32.

La segunda posibilidad sería dar cabida también en este ámbito al criterio del centro de intereses de la víctima, empleado por el TJUE en su jurisprudencia sobre daños relacionados con derechos de la personalidad⁵¹. Si bien esta interpretación sí que es reflejo de una mayor conexión entre el foro y el conflicto, conviene tener presente que el TJUE únicamente la ha desarrollado respecto a los supuestos de vulneración de los derechos de la personalidad a través de Internet. En estos casos, la utilización de este criterio se justifica en la buena administración de justicia, en tanto que un contenido publicado en Internet sobre los derechos de la personalidad de un individuo puede tener repercusiones a nivel mundial, y la víctima ha de poder acudir en función del lugar en el que haya producido el daño causado, a un solo foro para reclamar la totalidad del daño. En concreto, el TJUE mantiene que el órgano jurisdiccional que mejor podrá apreciar la repercusión de un contenido publicado en Internet sobre los derechos de la personalidad de esa persona será el del lugar en el que la supuesta víctima tiene su centro de intereses⁵².

Sin embargo, el supuesto que nos ocupa difiere bastante de los casos en los que el TJUE ha mantenido esta interpretación, en tanto que no se trata de una vulneración de los derechos de la personalidad⁵³, y en este caso los daños que sufre la víctima no son de carácter universal,

cional (Marzo 2011), Vol. 3, Nº 1, p. 292; SABIDO RODRÍGUEZ, M. “Comentario al artículo 7.2”, *op. cit.*, p. 211.

50 Profundiza sobre esta cuestión DE MIGUEL ASENSIO, P. A. “Derechos de la personalidad y reputación en medios digitales transfronterizos”, *Derecho Privado y Constitución*, 40, enero-junio 2022, pp. 171-205, especialmente pp. 190-193.

51 El TJUE introduce este criterio del centro de intereses de la víctima en su sentencia de 25 de octubre de 2011, asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10, *eDate/Olivier Martinez*. En dicho pronunciamiento el Tribunal indica que el art. 5.3 del Reglamento Bruselas I (actual art. 7.2. del Reglamento Bruselas I bis) debe ser adaptado al contexto de Internet, de tal manera que la víctima de una lesión de un derecho de la personalidad a través de Internet debe poder emplear el foro contenido en este precepto para reclamar por la totalidad de ese daño ante el tribunal del Estado miembro donde la propia víctima tiene su centro de intereses.

52 Véanse los apartados 45-50 de la sentencia del TJUE de 25 de octubre de 2011, asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10, *eDate/Olivier Martinez*

53 Este criterio, por el momento solo se ha empleado en supuestos de vulneración de derechos de la personalidad y, aun en estos casos, de manera restringida. Así, en la sentencia de 17 de junio de 2021, asunto C-800/19, *Mittelbayerischer Verlag KG contra SM* (apartado 36) se precisa que el criterio del centro de

sino que se pueden localizar en un único Estado⁵⁴. De esta manera, parece que no sería adecuado extender a este supuesto la jurisprudencia del TJUE en materia de vulneración de los derechos de la personalidad a través de Internet. Además, conviene tener en cuenta asimismo que el TJUE ya ha aclarado en anterior jurisprudencia que el foro especial en materia extracontractual no persigue el objetivo de ofrecer a la parte más débil una protección reforzada, sino que se basa en motivos de proximidad del litigio y buena administración de la justicia⁵⁵, algo aplicable al supuesto objeto de estudio.

Por todo lo anterior, pese a las limitaciones señaladas, quizás la interpretación más conveniente sería la primera, consistente en entender que el lugar donde se produce el resultado dañoso es el lugar donde la víctima pone en práctica el consejo de salud inexacto, al ser ahí donde sobreviene el daño⁵⁶. En todo caso, conviene tener presente de nuevo que, si se tratara de un lugar casual o fortuito, que no fuera previsible por el demandado, no sería posible acudir, en virtud del foro especial del art. 7.2., a los tribunales del lugar donde se ha producido el resultado dañoso⁵⁷.

c) Interpretación del concepto “lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso” en el caso concreto

De todo lo anterior se puede extraer que, si el “establecimiento” del *influencer*, entendido en principio como su domicilio; y el lugar donde la víctima pone en práctica el consejo de

intereses de la víctima no puede ser invocado por un demandante que no es mencionado ni directa ni indirectamente en el contenido supuestamente lesivo para sus derechos de la personalidad difundido a través de Internet. Por lo tanto, el criterio de centro de intereses de la víctima solo se puede emplear cuando el contenido en cuestión permite identificar como individuo a la persona cuyos derechos de la personalidad supuestamente han sido infringidos. Realiza un interesante análisis de esta sentencia y del criterio del centro de intereses de la víctima DE MIGUEL ASENSIO, P. A. “Derechos de la personalidad y reputación en medios digitales transfronterizos”, *op. cit.*, pp. 171-205, especialmente pp. 180-183.

54 En la STJUE de 19 de abril de 2012, *Wintersteiger*, C-523/10 (apartados 24-25) señala que el recurso al centro de intereses de la víctima, se trata de una “*apreciación, hecha en el contexto particular de la lesión de los derechos de la personalidad, que no puede extrapolarse a la determinación de la competencia judicial en materia de vulneración de derechos de propiedad industrial, como la que se alega en el procedimiento principal*”. Ello lo justifica en que, “*a diferencia de la situación de una persona que considera lesionados sus derechos de la personalidad, protegidos en todos los Estados miembros, la protección otorgada por el registro de una marca nacional se limita, por principio, al territorio del Estado miembro de registro, de modo que, por regla general, su titular no puede invocar dicha protección fuera de ese territorio*”.

55 Entre otras, véanse las sentencias de 20 de mayo de 2010, *ČPP Vienna Insurance Group*, C-111/09, y de 25 de octubre de 2012, *Folien Fischer y Fofitec*, C133/11.

56 En efecto, aunque se rechaza la posibilidad de recurrir al criterio del centro de intereses de la víctima, los tribunales del lugar donde se materializa el resultado dañoso mantienen su competencia para conocer de los daños producidos en dicho Estado. Tal y como destaca DE MIGUEL ASENSIO, P. A. “Derechos de la personalidad y reputación en medios digitales transfronterizos”, *op. cit.*, pp. 171-205, especialmente p. 182-183, la exclusión del fuero del centro de intereses de la víctima no afecta a la posibilidad de que el Estado en cuestión pudiera ser considerado lugar de manifestación del daño con competencia limitada en virtud del art. 7.2 RBIBis.

57 Hace hincapié en que este foro únicamente actuaría si en el lugar del resultado dañoso es donde se producen los perjuicios directos y principales del hecho dañoso, y es previsible por el responsable PALAO MORENO, G. “Competencia judicial internacional en supuestos de responsabilidad civil en Internet”, *op. cit.*, p. 293.

salud inexacto y se ha materializado el daño, se encuentran en distintos Estados, se puede estar ante un “ilícito a distancia”. Ello será frecuente en supuestos internacionales como el que es objeto de atención en el presente trabajo, donde es probable que el hecho causal tenga lugar en un determinado Estado, y un seguidor lo ponga en práctica en otro Estado diferente y sufra los daños en ese otro Estado. En consecuencia, sería de aplicación la teoría de la ubicuidad ya desarrollada con anterioridad, algo que no sucedería si ambos lugares no estuvieran disociados⁵⁸.

No obstante, es necesario que el resultado obtenido en aplicación de tal teoría responda a la exigencia de previsibilidad de las normas de competencia⁵⁹. En este contexto, son 3 las circunstancias que van a afectar a la operatividad en la práctica de la teoría de la ubicuidad:

– Si el lugar donde se produce el hecho causal es un lugar casual o fortuito, el demandante únicamente podría acudir en aplicación del foro especial, a los tribunales del lugar donde se ha producido el resultado dañoso. Si se interpreta que el lugar donde se produce el hecho causal es el del “establecimiento” del *influencer*, entendido como su domicilio, no se va a plantear esta problemática. Sin embargo, como se ha tenido ocasión de exponer en el presente trabajo, es algo que sí que podría suceder si se interpretara que el “establecimiento” del *influencer* es el lugar de “ubicación de la cuenta” desde la que ha publicado el consejo que ha dado lugar a la controversia, o que el lugar del hecho causal es aquel desde el cual el *influencer* publica el consejo de salud inexacto.

– Si el lugar donde se produce el resultado dañoso es un lugar casual, no previsible por el demandado, la única posibilidad del demandante sería litigar ante los tribunales del lugar del hecho causal. Además, si se entiende que el lugar donde se produce el hecho causal es el lugar del domicilio del *influencer*, coincidiendo con el foro general del domicilio del demandado, el efecto útil del foro especial quedaría suprimido⁶⁰.

58 Véase BLANCO-MORALES LIMONES, P. “Artículo 5 apartado 3”, *op. cit.*, p. 127. En este supuesto, por tanto, en aplicación del art. 7.2. del Reglamento serían competentes los tribunales del lugar donde se haya producido el hecho dañoso, que coincidiría tanto con el lugar del hecho causal como con el lugar del resultado dañoso.

59 Así lo establece el considerando 15 del Reglamento Bruselas I bis, y ha sido reiterado en numerosas sentencias del TJUE, entre otras, sentencia de 19 de septiembre de 1995, *Marinari*, C-364/93, EU:C:1995:289, apartado 19; sentencia de 25 de octubre de 2011, *eDate Advertising y otros*, C-509/09 y C-161/10, EU:C:2011:685, apartado 50; sentencia de 9 de diciembre de 2021, *HRVATSKE ŠUME*, C-242/20, EU:C:2021:985, apartados 30 y 34; sentencia de 16 de junio de 2016, *Universal Music International Holding*, C-12/15, EU:C:2016:449, apartado 33; sentencia de 25 de octubre de 2012, *Folien Fischer y Fofitec*, C-133/11, EU:C:2012:664, apartado 45; sentencia de 12 de septiembre de 2018, *Löber*, C-304/17, EU:C:2018:701, apartado 34; y sentencia de 15 de marzo de 2012, *G*, C-292/10, EU:C:2012:142, apartado 39. Ha profundizado asimismo en los principios de proximidad razonable y previsibilidad en estos supuestos GOÑI URRIZA, N. “La concreción del lugar donde se ha producido el hecho dañoso en el artículo 5.3. del Reglamento 44/2001: Nota a la STJCE de 16 de julio de 2009”, *op. cit.*, p. 293.

60 Tal posibilidad ya fue puesta de manifiesto por el propio TJUE en su sentencia de 30 de noviembre de 1976, *Handelskwekerij Bier/Mines de Potasse d’Alsace*, C-21/76, EU:C:1976:166, apartado 20, donde se reconoce que el lugar del hecho causante llevaría, en un número apreciable de casos, a una confusión entre los distintos criterios de competencia previstos por el foro general y el foro especial en materia delictual y cuasidelictual, de modo que esta última disposición perdería, por dicha razón, su efecto útil.

– Si ninguno de los dos lugares cumple con las exigencias de previsibilidad requeridas, no podría activarse el foro previsto en art. 7.2. y, de nuevo, el demandante sólo podría acudir al foro general del domicilio del demandado.

d) *La necesaria adaptación de los criterios empleados a la era digital*

Como se acaba de poner de manifiesto, el tenor literal del art. 7.2. del Reglamento Bruselas I bis plantea grandes dificultades a la hora de aplicar este foro a los supuestos de daños producidos por seguir un consejo de salud inexacto publicado en redes sociales. Así, resulta complicado adaptar los criterios territoriales empleados por el mencionado precepto, a la responsabilidad extracontractual generada en el marco del ciberespacio, caracterizada por la deslocalización⁶¹. De esta manera, es necesario recurrir a la jurisprudencia del TJUE sobre el foro en materia extracontractual, si bien, como se ha señalado, su aplicación a estos casos también plantea numerosos interrogantes.

Todas estas dificultades podrían mitigarse, siguiendo la doctrina sentada por la Dra. Pilar DIAGO DIAGO, si se emplearan nuevos factores de vinculación, como podría ser la residencia digital⁶².

Este concepto, instaurado por primera vez en Estonia, y que cumple ya 10 años, podría definirse como una identificación digital concedida por dicho país, que permite a su beneficiario ser considerado residente digital del mencionado Estado, con independencia de dónde tenga su residencia física o su ubicación digital. Ello acarrea la posibilidad de disfrutar de las ventajas de un residente de Estonia, entre las que destacan la facultad de crear una empresa 100% online, gestionar cuentas bancarias, firmar certificados, pagar impuestos (VAT europeo incluido), y un largo etcétera⁶³.

La aplicación de este nuevo criterio a la responsabilidad por daños ocasionados por seguir un consejo de salud inexacto publicado en redes sociales, permitiría que el seguidor pudiera demandar al *influencer* ante los tribunales del lugar donde tiene su residencia digital. Asimismo, cabría la posibilidad de valorar si es posible que el seguidor interpusiera la demanda ante los tribunales del lugar de su propia residencia digital o, de lo contrario, atentaría contra el principio de previsibilidad respecto del *influencer*, que no tiene por qué conocer dónde tienen su residencia digital cada uno de sus seguidores.

61 En este sentido véase DIAGO DIAGO, M.P. “Ciberactivismo, «Lex» informática, «blockchain» y oráculos: desafíos en la era digital”, *op. cit* 1, pp. 443-467; DIAGO DIAGO, M.P. “La residencia digital como nuevo factor de vinculación en el Derecho Internacional Privado del Ciberespacio ¿posible conexión de futuro?”, *op. cit*, especialmente pp. 1-2.

62 DIAGO DIAGO, M.P. “La residencia digital como nuevo factor de vinculación en el Derecho Internacional Privado del Ciberespacio ¿posible conexión de futuro?”, *op. cit*. La misma autora, en su trabajo DIAGO DIAGO, M.P. “Ciberactivismo, «Lex» informática, «blockchain» y oráculos: desafíos en la era digital”, *op. cit*, pp. 461-464, reitera la importancia de emplear nuevos factores de vinculación para dar respuesta a los conflictos planteados en el entorno digital y, en relación con los contratos inteligentes propone como factores de vinculación los oráculos.

63 No obstante, conviene tener presente que ostentar la residencia digital estonia no equivale a ser ciudadano de dicho país, ya que no sirve ni como visado, pasaporte, o permiso de residencia física al uso. Toda la información sobre la residencia digital estonia disponible en el siguiente enlace: <https://www.e-resident.gov.ee/es/>

Otro factor de vinculación que podría emplearse en estos supuestos sería el lugar de ubicación de la cuenta. No obstante, para salvar las limitaciones que posee en la actualidad, ya analizadas anteriormente, sería preciso realizar algunas modificaciones como la necesaria publicidad en todas las redes sociales del lugar de ubicación de la cuenta, que la determinación de dicho lugar sea de forma automática atendiendo a criterios como la dirección IP de los dispositivos empleados y la ubicación de la actividad en la cuenta, y la concreción no solo de la ubicación estatal sino también territorial.

En todo caso, estos nuevos factores de vinculación parece que se ajustan mejor a la era de la globalización digital en que nos encontramos inmersos, y su inclusión como criterios de atribución de la competencia judicial internacional podría simplificar la situación actual y proporcionar una mayor seguridad jurídica.

B) LEY APLICABLE

Para determinar la ley aplicable a estos supuestos, los tribunales de los Estados miembros de la UE, a excepción de Dinamarca, aplicarán el Reglamento 864/2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (en adelante Reglamento Roma II)⁶⁴.

Dicho Reglamento establece como regla general la libertad de elección (art. 14), de tal manera que sean las propias partes en conflicto las que elijan el derecho aplicable a la responsabilidad extracontractual. Así, el *influencer* y la víctima del consejo de salud inexacto podrían acordar qué ley quieren que resulte aplicable para resolver el conflicto.

En defecto de pacto, el art. 4.2. del Reglamento indica que se aplicará la ley de la residencia habitual común de la persona responsable y de la persona perjudicada. Por consiguiente, si ambas partes tienen su residencia habitual en el mismo Estado, será la ley de ese Estado la que resuelva la controversia.

Por el contrario, si tal circunstancia no se diera y el *influencer* y el seguidor que ha sufrido los daños tienen su residencia habitual en Estados diferentes, el art. 4.1. determina que se aplicará la ley del país donde se produce el daño, con independencia del país donde se haya producido el hecho generador del daño. Esta matización es muy significativa, ya que implica la no aplicación en el sector de ley aplicable, de la teoría de la ubicuidad a la que se ha hecho referencia en el ámbito de la competencia judicial internacional.

Por consiguiente, la ley aplicable (en defecto de pacto y de residencia habitual común) será la ley del Estado donde se ha producido el daño, donde se ha materializado el daño. Ello plantea, de nuevo, la problemática relacionada con la determinación del lugar donde se produce el daño en estos casos concretos, dado que estas conexiones territoriales no se ajustan convenientemente a los conflictos surgidos en los entornos digitales. Como se ha tenido ocasión de

64 El Reglamento tiene carácter universal y, por lo tanto, desplaza a la normativa interna de cada Estado en todo el ámbito cubierto por el Reglamento. En nuestro caso, desplaza al art. 10.9 CC, que sigue siendo plenamente operativo en los supuestos de derecho interregional, así como en todos aquellos casos no cubiertos por el Reglamento Roma II.

analizar, parece que la interpretación más apropiada, a la luz de la jurisprudencia del TJUE, es entender que el daño se produce en el lugar donde la víctima pone en práctica el consejo de salud inexacto, al ser ahí donde se verifica el daño. Sin embargo, como se ha visto, puede tratarse de un lugar totalmente circunstancial o fortuito, que no muestre una estrecha vinculación con el caso concreto. En estos casos circunstanciales, sería posible recurrir al art. 4.3, donde se prevé una cláusula de excepción, que permite aplicar una ley distinta a la que correspondería, si existe otra que tenga vínculos manifiestamente más estrechos con el caso concreto. Tal ley podría ser la de la residencia habitual de la víctima que ha sufrido los daños.

En todo caso, una posible solución a este atolladero pasaría por introducir, también en el ámbito de la ley aplicable, conexiones como la de la residencia digital⁶⁵.

III. CONSIDERACIONES FINALES

Como se ha tenido ocasión de analizar, las recomendaciones y consejos que vierten los *influencers* en sus redes sociales no siempre son inocuos, sino que pueden acarrear daños a los seguidores que deciden llevarlos a cabo. Con una particularidad añadida, y es que el contenido subido a redes sociales es accesible prácticamente desde cualquier parte del mundo, de tal manera que estos consejos emitidos por un *influencer* en un determinado país, pueden provocar daños a un seguidor residente en cualquier otro Estado diferente, lo que requiere que el análisis de la posible litigación mantenga una perspectiva internacionalprivatista.

El presente estudio se ha centrado en las reclamaciones de indemnización por daños y perjuicios, interpuestas por una persona individual que ha sufrido daños como consecuencia de un consejo de salud erróneo emitido por un *influencer* en sus redes sociales, dentro del ámbito de la UE.

La emisión de un consejo de salud inexacto en redes sociales no permite acudir al régimen de responsabilidad objetiva previsto en la Directiva 85/374, aunque sí que cabe la posibilidad de recurrir a otros regímenes de responsabilidad que se basen en fundamentos diferentes, como sería la responsabilidad por daños extracontractuales.

Desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado, el principal obstáculo que surge es la determinación del “lugar donde se produce el hecho dañoso”, en estos supuestos en los que los daños se producen a través de la difusión en Internet. Tal delimitación afecta plenamente a los sectores de competencia judicial internacional y de ley aplicable, dado que resulta nuclear para la correcta interpretación y aplicación del foro en materia extracontractual del art. 7.2. del Reglamento Bruselas I bis, y de la norma de conflicto prevista en el art. 4.1. del Reglamento Roma II.

En efecto, resulta complicado adaptar los criterios de base territorial empleados por los mencionados preceptos, a la responsabilidad extracontractual generada en el marco de Internet.

65 En este sentido véase DIAGO DIAGO, M.P. “La residencia digital como nuevo factor de vinculación en el Derecho Internacional Privado del Ciberespacio ¿posible conexión de futuro?”, *op. cit.*, especialmente pp. 1-2; DIAGO DIAGO, M.P. “Ciberactivismo, «Lex» informática, «blockchain» y oráculos: desafíos en la era digital”, *op. cit.*, pp. 461-464.

Igualmente, la aplicación de la jurisprudencia del TJUE a estos casos también plantea numerosos interrogantes. Todas estas dificultades podrían mitigarse, si se emplearan nuevos factores de vinculación, como podría ser la residencia digital, algo ya planteado por la doctrina⁶⁶. Estos nuevos factores de vinculación parece que se ajustan mejor a la era de la globalización digital en que nos encontramos inmersos, y su inclusión como criterios de atribución de la competencia judicial internacional y como conexiones para la determinación del derecho aplicable podría simplificar la situación actual y proporcionar una mayor seguridad jurídica y una solución final más previsible y satisfactoria.

66 En concreto, por la Dra. Pilar Diago Diago, en sus trabajos DIAGO DIAGO, M.P. “La residencia digital como nuevo factor de vinculación en el Derecho Internacional Privado del Ciberespacio ¿posible conexión de futuro?”, *op. cit.*, especialmente pp. 1-2; DIAGO DIAGO, M.P. “Ciberactivismo, «Lex» informática, «blockchain» y oráculos: desafíos en la era digital”, *op. cit.*, 2021, pp. 461-464

LA NORMALIZACIÓN DE RELACIONES CON EL GOBIERNO DE SIRIA Y SU EFECTO SOBRE LA POLÍTICA EXTERIOR DE LA UNIÓN EUROPEA

THE NORMALIZATION OF RELATIONS WITH THE SYRIAN GOVERNMENT AND ITS EFFECT ON THE EUROPEAN UNION'S FOREIGN POLICY

JOAN-MARC FERRANDO HERNÁNDEZ*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA NORMALIZACIÓN DE LAS RELACIONES ÁRABES CON EL GOBIERNO DE BASHAR AL ASAD: EL REGRESO DE SIRIA A LA LIGA DE ESTADOS ÁRABES. III. LOS FACTORES DE LA NORMALIZACIÓN DE LAS RELACIONES ÁRABES CON EL GOBIERNO DE SIRIA. IV. LA UNIÓN EUROPEA Y LA NORMALIZACIÓN DE LAS RELACIONES CON SIRIA. V. CONSIDERACIONES FINALES.

RESUMEN: El retorno de Siria a la Liga de Estados Árabes simbolizó la culminación de un proceso de normalización de las relaciones de los estados árabes con el gobierno de Bashar al Asad gestado durante años. El propósito era fomentar la participación del régimen sirio en la búsqueda de una solución para los problemas que el conflicto armado había exportado a toda la región. Este proceso, sin embargo, entra en contradicción con la posición sostenida por la Unión Europea desde 2011, de modo que la situación abre un nuevo escenario con implicaciones para el rumbo de la política exterior europea. Así pues, el objetivo de este trabajo es, por un lado, analizar el fenómeno de la normalización de las relaciones con el gobierno sirio, haciendo especial énfasis en los factores que impulsaron el cambio de posición de los estados árabes; y, por otro lado, plantear los efectos que la normalización regional ha producido en la política exterior de la Unión Europea hacia Siria.

ABSTRACT: *Syria's return to the League of Arab States symbolized the culmination of a process of normalization of Arab states' relations with the government of Bashar al-Assad that had been years underway. The aim was to foster the participation of the Syrian regime in finding a solution to the problems that the armed conflict had exported to the entire region. This process, however, contradicts the European Union's position since 2011, so the situation creates a new scenario with implications for the European foreign policy in Syria. Thus, the aim of this paper is, on the one hand, to analyze the phenomenon of the normalization of relations with the Syrian government, with special emphasis on the factors that drove the Arab states' change of position; and, on the other hand, to consider the effects that regional normalization has had on the European Union's foreign policy towards Syria.*

PALABRAS CLAVE: Siria, Unión Europea, política exterior europea, Liga de Estados Árabes

KEY WORDS: Syria, European Union, European foreign policy, League of Arab States

Fecha de recepción del trabajo: 9 de octubre de 2024. Fecha de aceptación de la versión final: 25 de noviembre de 2024.

* Profesor visitante de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Universitat Rovira i Virgili. ORCID: 0000-0001-6479-8494. E-mail: joanmarc.ferrando@urv.cat.

I. INTRODUCCIÓN

El presidente sirio Bashar al Asad regresaba triunfal a la escena árabe al asistir a la cumbre de la Liga de Estados Árabes (en adelante, Liga Árabe)¹ celebrada en Yeda el 19 de mayo de 2023². El anfitrión, el príncipe saudí Bin Salman, saludaba sonriente al líder de un régimen sobre el que pesan gravísimas acusaciones de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Muchos de los gobiernos que le dieron la bienvenida, incluyendo Arabia Saudí, en su día habían participado en la suspensión de Siria de la Liga Árabe por su brutal represión de los alzamientos populares allá en 2011. La cumbre árabe oficializó, por tanto, la normalización de relaciones entre los estados árabes y el gobierno de Siria.

El regreso de Bashar al Asad a la escena regional no era un hecho espontáneo, sino más bien anunciado³. Era el resultado de la diplomacia del “pasito a pasito”, es decir, de un proceso gradual de normalización basado en la reciprocidad que implicó avanzar hacia la rehabilitación del gobierno de Asad a cambio de que este se comprometiera a adoptar medidas para afrontar los problemas causados por más de una década de conflicto armado. El retorno a la Liga Árabe formaba parte de este programa de normalización dirigido a dar una respuesta estrictamente árabe a la crisis siria. Y, a su vez, era leído como un intento más de desescalada de los conflictos regionales⁴.

Este giro en la posición de los estados árabes y del Golfo Pérsico no parece haber suscitado cambios importantes en la política exterior de la Unión Europea. Desde el comienzo del conflicto en Siria ha mantenido una estricta postura focalizada en las sanciones políticas y económicas y el aislamiento internacional. Tras la cumbre de la Liga Árabe de mayo de 2023, muchos observaron que ni los Estados Unidos ni la Unión Europea modificarían su conducta respecto de Siria⁵. El Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad (en adelante, Alto Representante), Josep Borrell, se mostró tajante al señalar que no se daban las condiciones para un cambio en la política europea hacia Siria⁶.

Ahora bien, los cambios en las dinámicas regionales y en la evolución del propio conflicto armado en Siria han sido importantes desde el período de la Primavera Árabe. Para empezar, el gobierno de Bashar al Asad ha resistido en el poder, aupado por Rusia e Irán, y no ha modi-

1 La Liga de Estados Árabes, con sede en El Cairo, Egipto, está formada por 22 estados árabes. La participación de Siria en la organización regional se remonta hasta la fundación del organismo en 1945.

2 AL JAZEERA, “Assad gets warm reception as Syria welcomed back into Arab League”, 19 de mayo de 2023, disponible en <https://www.aljazeera.com/news/2023/5/19/assad-gets-warm-welcome-as-syria-welcomed-back-into-arab-league>.

3 ÁLVAREZ-OSSORIO ALVARIÑO, I., “Syria and the Arab League: A Reconciliation Foretold”, *IEMed Mediterranean Yearbook*, 2023, pp.245-247.

4 HEYDEMANN, S., “Syria’s normalization signals a new Middle Eastern order”, *Brookings*, 10 de mayo de 2023, disponible en <https://www.brookings.edu/articles/syrias-normalization-signals-a-new-middle-eastern-order/>.

5 CICARDI, F., “Al Asad regresa a la arena árabe”, *Afkar/Ideas*, núm.69, julio de 2023, pp.40-43, pp.42-43.

6 EUROPEAN EXTERNAL ACTION SERVICE, “The conditions are not met to change the EU’s policy on Syria”, 18 de junio de 2023, disponible en https://www.eeas.europa.eu/eeas/conditions-are-not-met-change-eu-s-policy-syria_en.

ficado ni un ápice su comportamiento desde el inicio de la guerra. Y, sin embargo, la propuesta de la Unión Europea para la solución política de la crisis siria sigue anclada en la Resolución 2254 (2015) del Consejo de Seguridad⁷, adoptada en un momento en que la supervivencia del régimen de Asad peligraba seriamente. Tras más de una década sin resultados claros en la solución del conflicto, en el seno de la Unión Europea han aparecido fisuras respecto de la conveniencia de mantener inalterada la política exterior hacia Siria. Ahora, un grupo de estados miembros ha empezado a cuestionar la eficacia de la política de aislamiento y sanciones en un momento de normalización de las relaciones con Asad por parte de los gobiernos árabes⁸.

Así pues, el propósito de este artículo es, por un lado, analizar el proceso de normalización de las relaciones con el régimen de Asad, haciendo énfasis en los factores que impulsaron el cambio de posición en los gobiernos árabes; y, por otro lado, plantear los efectos que la normalización regional ha producido en la política exterior de la Unión Europea hacia Siria. En este trabajo, como se verá, se sostiene que la normalización regional, con su punto culminante en la readmisión de Siria a la Liga Árabe, no ha provocado un cambio en la orientación de la política exterior europea a pesar de la constatación, por parte de ciertos estados miembros de la Unión Europea, de que no se habían obtenido los resultados esperados.

Por ello, en la sección II, se revisa el proceso de restablecimiento de las relaciones árabes. La suspensión de Siria en la Liga Árabe marcó una etapa de doce años de aislamiento internacional y regional para el gobierno de Bashar al Asad. Durante ese período, los estados de la región apostaron por las sanciones y el repudio del régimen sirio, pero el paso de los años y, sobre todo, la constatación de que Asad no caería, precipitaron un giro en la posición árabe. Los estados árabes percibieron que los problemas generados por el conflicto armado necesitarían la participación de la propia Siria para solucionarlos. Así pues, comenzó un proceso gradual de normalización caracterizado por la transacción, es decir, el retorno condicionado de Bashar al Asad a la escena regional a cambio de la activación de medidas que mitigaran las externalidades del conflicto armado.

Precisamente, la sección III del artículo pone el foco en los factores que cimentaron el cambio de posición de los estados árabes respecto de Siria. Como se verá, los problemas derivados de trece años de conflicto armado habían sido exportados a toda la región y habían tenido un efecto desestabilizador. En esencia, son seis los factores considerados en este apartado. En primer lugar, el retorno de los centenares de miles de personas desplazadas y refugiadas sirias que se encuentran en los países vecinos, principalmente Líbano y Jordania –y Turquía, pero no es un estado árabe–. A ellos habría que añadir otros miles de personas más que cruzan la frontera del Líbano hacia Siria huyendo de la invasión israelí iniciada en octubre de 2024. En segundo lugar, el auge del tráfico de drogas con origen en Siria, que se ha convertido en un lucrativo negocio para el régimen de Asad. En tercer lugar, el interés en reducir la influencia de Irán en

7 Resolución 2254 (2015) del Consejo de Seguridad, de 18 de diciembre. La resolución confirmaba la adhesión del Consejo de Seguridad a los principios establecidos en el Comunicado de Ginebra de 2012, emitido tras las conversaciones de paz celebradas en aquel entonces. En esencia, se configuraba un proceso de transición política dirigido por sirios que pusiera fin al conflicto armado.

8 TÜR, Ö., “Challenges Ahead for the EU in Syria – Aid, Sanctions and Normalisation”, *JOINT Brief*, núm.32, diciembre de 2023, pp.1-8, p.2.

Siria, siendo como es uno de los principales aliados de Asad. En cuarto lugar, las suculentas posibilidades de la reconstrucción de un país arrasado, máxime cuando sus aliados carecen de la capacidad suficiente para costearla. En quinto lugar, el cambio de posición del conflicto sirio en el orden de prioridades de la agenda estadounidense que, a pesar de todo, mantiene una postura contundente de rechazo a la normalización. Y, por último, el estancamiento del proceso de paz auspiciado por las Naciones Unidas, cuyo marco negociador, establecido en la Resolución 2254 (2015), ya no se ajusta a los acontecimientos en el terreno.

La interacción de estos factores propició la normalización de las relaciones con el gobierno de Asad. Cabe preguntarse, por tanto, en qué medida este proceso seguido por los estados árabes influyó en la posición de la Unión Europea. En este sentido, la sección IV del presente trabajo pretende ahondar en el replanteamiento de la política exterior respecto de Siria. Desde el comienzo del conflicto, la Unión Europea puso en marcha una serie de medidas agrupadas en tres grandes ámbitos: la adopción de medidas restrictivas contra un amplio elenco de actores, el envío de ayuda humanitaria y la apuesta por una solución negociada. Sus objetivos fundamentales, recogidos en la Estrategia para Siria de 2017, aunque válidos, no han sido revisados para adaptarlos a la nueva realidad imperante en la región. Como consecuencia, diversos estados manifestaron su descontento con la posición vigente. Por esta razón, la sección IV incluye un subapartado en el que se aborda la tensión entre la posición institucional de la Unión Europea y las críticas formuladas por estos estados miembros.

En último lugar, el trabajo propone, a modo de consideraciones finales, una revisión de algunos aspectos de la Estrategia de la Unión Europea para que la política exterior hacia Siria sea más coherente con los acontecimientos y tenga en cuenta el proceso de normalización regional del gobierno de Bashar al Asad operado en los últimos años.

II. LA NORMALIZACIÓN DE LAS RELACIONES ÁRABES CON EL GOBIERNO DE BASHAR AL ASAD: EL REGRESO DE SIRIA A LA LIGA DE ESTADOS ÁRABES

1. Antecedentes: la suspensión de Siria en la Liga de Estados Árabes

Los levantamientos populares de la “Primavera Árabe” forzaron a la Liga Árabe a tomar un papel activo en la gestión de las tensiones en los Estados, no siempre siguiendo los mismos criterios ni adoptando las mismas medidas⁹. Las protestas comenzaron en la República Árabe de Siria en marzo de 2011. El gobierno de Bashar al Asad desató una represión sangrienta contra la población civil recurriendo a la fuerza militar. En octubre, la Liga Árabe propuso un plan al gobierno sirio dirigido al cese de la violencia armada contra los civiles por todas las partes, la liberación de los detenidos y el libre acceso de los organismos de la Liga y los medios de comunicación al país. Ante el incumplimiento del gobierno de Asad, el 12 de noviembre de

9 Véanse las diferencias en la posición y las medidas adoptadas por la Liga Árabe en los casos de Libia y Siria contra sus respectivos gobiernos y las tomadas en el caso de Bahrein en DEBRE, M.J., “Legitimation, regime survival, and shifting alliances in the Arab League: Explaining sanction politics during the Arab Spring”, *International Political Science Review*, vol.42, núm.4, 2021, pp.516-530.

2011 el Consejo de la Liga Árabe votó la suspensión de Siria de todos los derechos inherentes a su condición de miembro de la organización¹⁰. La resolución también imponía sanciones políticas y económicas al gobierno sirio y llamaba a los miembros de la Liga a retirar sus embajadas de Damasco¹¹. En este sentido, Qatar y Arabia Saudí promocionaron el aislamiento del gobierno de Asad y su sanción en el marco de la organización regional¹². La razón principal de la decisión era poner fin a la violencia y presionar al gobierno sirio para forzar una transición política. La suspensión de Siria no era la primera ocasión en que la Liga Árabe activaba esta medida contra un estado miembro, pero representó una de las pocas veces que la organización suspendía un miembro por sus acciones en la esfera de sus asuntos internos¹³. Una cuestión extremadamente sensible dado que el respeto de la soberanía y el principio de no intervención forman parte de los principios fundamentales de la organización¹⁴.

Con el agravamiento de la guerra civil, la Liga Árabe endureció su postura respecto del gobierno de Bashar al Asad. Así, tras el fracaso de la misión de observación enviada a Siria, la Liga Árabe propuso en julio de 2012 un plan para la salida de Asad del poder. Pocos meses después, se adoptó una resolución en la cual la organización condenaba los ataques contra los civiles perpetrados por el gobierno y sus milicias, y donde instaba al Consejo de Seguridad a activar sus poderes en virtud del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas¹⁵. En paralelo, la Liga Árabe se reunió con representantes de la oposición siria en varias ocasiones¹⁶. Tal apoyo se tradujo en la concesión del asiento del gobierno oficial a la oposición siria en la cumbre celebrada en Doha en 2013¹⁷. Sin embargo, a pesar del entusiasmo inicial, al año siguiente

-
- 10 Dieciocho de los veintidós estados de la Liga votaron favorablemente a la resolución, mientras que Irak se abstuvo y Líbano, Yemen y Siria se opusieron. BATTY, D. y SHENKER, J., “Syria suspended from Arab League”, *The Guardian*, 12 de noviembre de 2011, disponible en <https://www.theguardian.com/world/2011/nov/12/syria-suspended-arab-league>.
 - 11 Pocos días después, el 23 de noviembre de 2011, la Liga Árabe advirtió al gobierno de Asad de que pusiera fin a la violencia. El régimen sirio desoyó el aviso. Una semana después, la Liga adoptó nuevas medidas económicas, entre las que se contaban la congelación de activos, las prohibiciones de viajar y embargos de inversiones. ALJAGHOUB, M., ALJAZY, I. y BYDOON, M. S., “The Arab League” en ZYBERI, G. (Ed.), *An Institutional Approach to the Responsibility to Protect*, Cambridge University Press, Nueva York, 2013, p.307.
 - 12 NEREIM, V. y ABDULRAHIM, R., “The Long Isolation of Syria’s al-Assad is Over”, *The New York Times*, 18 de mayo de 2023, disponible en <https://www.nytimes.com/2023/05/18/world/middleeast/syria-assad-arab-league.html>.
 - 13 La Liga de Estados Árabes suspendió los derechos de membresía de Egipto entre 1979 y 1989 tras la firma de los Acuerdos de Camp David con Israel. Asimismo, la participación de Libia en la organización regional también fue interrumpida temporalmente entre febrero y agosto de 2011. Así pues, los casos de Libia y Siria representaron la primera vez que unos estados miembros eran suspendidos a causa de sus acciones en el ámbito de sus asuntos internos. DEBRE, M.J., “Legitimation, regime survival...”, *op. cit.*, p.517.
 - 14 Véanse, por ejemplo, los artículos 2 (soberanía) y 8 (principio de no intervención) del Pacto de la Liga de Estados Árabes.
 - 15 RISHMAWI, M., “The League of Arab States in the Wake of the “Arab Spring””, *CIHRS*, 2012, pp.49-62, p.58.
 - 16 *Ibid.*, p.58.
 - 17 BLACK, I., “Syrian opposition takes Arab League seat”, *The Guardian*, 26 de marzo de 2013, disponible en <https://www.theguardian.com/world/2013/mar/26/syrian-opposition-appeals-nato-support>.

esa situación se revirtió a causa de las divisiones internas de los estados miembros¹⁸. Desde entonces, la silla permaneció vacante hasta mayo de 2023.

A medida que el régimen de Asad fue sometiendo los bastiones de la oposición, y sobre todo cuando Alepo regresó bajo el control gubernamental en 2016, comenzó a instalarse la idea entre los estados árabes de que Asad no caería. Por supuesto, la situación bélica había cambiado mucho. El surgimiento de Estado Islámico en 2014, que facilitó la participación abierta de potencias extranjeras en el conflicto armado, la apertura de las conversaciones de paz en Astaná, ya en 2017, o la ruptura de las relaciones diplomáticas de diversos países del Golfo con Qatar, fueron desplazando la influencia de la Liga Árabe en el conflicto¹⁹.

La supervivencia de Bashar al Asad en el poder gracias a la ayuda militar, económica y diplomática de Rusia e Irán obligó a los estados árabes a revisar sus posiciones respecto de la crisis siria. En efecto, los gobiernos árabes percibieron que la política de aislamiento no había traído los resultados esperados. La influencia iraní sobre Siria había crecido a lo largo de una década de conflicto armado, hecho que incomodaba a las potencias suníes del Golfo²⁰. Se añadía, además, la exportación a toda la región de los problemas causados por la desestabilización sufrida en Siria durante más de una década, entre otros, el retorno de los desplazados y refugiados y la proliferación del tráfico de drogas²¹. Así las cosas, los estados árabes optaron gradualmente por una estrategia de acercamiento que les permitiera influir en el régimen sirio para que participara en la solución de estos asuntos y alejar a Bashar al Asad de la influencia iraní²². Una estrategia, como se verá a continuación, basada en la transacción, esto es, el condicionamiento de la normalización a la activación de medidas para paliar las externalidades de la crisis siria.

2. El retorno condicionado de Siria a la Liga Árabe

La normalización de las relaciones árabes con el gobierno sirio quedó oficializada con el regreso de la República Árabe de Siria a su condición de miembro de pleno derecho en la Liga de

18 AL JAZEERA, “Opposition fail to get Syria Arab League seat”, 27 de marzo de 2014, disponible en <https://www.aljazeera.com/news/2014/3/27/opposition-fail-to-get-syria-arab-league-seat>.

19 MACARON, J., “The Muted Arab Attempt to Restore Influence in Syria”, *Arab Center Washington DC*, 18 de marzo de 2020, disponible en <https://arabcenterdc.org/resource/the-muted-arab-attempt-to-restore-influence-in-syria/>. LOFT, P., *Syria’s civil war in 2023: Assad back in the Arab League*, House of Commons Library, 9 de junio de 2023, disponible en <https://commonslibrary.parliament.uk/research-briefings/cbp-9378/>. Sobre las consecuencias de la crisis de Qatar véase: SMITH, B., *The Qatar crisis and the regional ramifications*, House of Commons Library, 15 de octubre de 2019, disponible en <https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/CBP-8690/CBP-8690.pdf>.

20 DAOUD, D., “The Arab League thinks readmitting Syria will push out Iran. They’re wrong”, *Atlantic Council*, 16 de mayo de 2023, disponible en <https://www.atlanticcouncil.org/blogs/iransource/the-arab-league-thinks-readmitting-syria-will-push-out-iran-theyre-wrong/>.

21 KARAHAMAD, M. Y SCHWAB, R., “Arab States’ Incentives Towards (not) Normalizing Relations with Syria – Islamists and Drug Trafficking?”, *Peace Research Institute of Frankfurt Blog*, 16 de mayo de 2023, disponible en <https://blog.prif.org/2023/05/16/arab-states-incentives-towards-not-normalizing-relations-with-syria-islamists-and-drug-trafficking/>. Sobre los factores principales del cambio de posición de los estados árabes respecto de Siria volveremos en la sección III.

22 NEREIM, V. y ABDULRAHIM, R., “The Long Isolation...”, *op. cit.*

Estados Árabes. Este paso decisivo se vino gestando, al menos, desde los primeros gestos de Emiratos Árabes Unidos a Damasco en 2018²³. El terremoto que afectó Turquía y el norte y el oeste Siria el 6 de febrero de 2023 aceleró este proceso de normalización de las relaciones. Según cifras de la ONU, el desastre natural causó en Siria 6.000 víctimas mortales; más de 10.000 personas resultaron heridas y casi 400.000 familias se vieron obligadas a desplazarse²⁴. El presidente Asad instó a la comunidad internacional a que facilitara la llegada de ayuda humanitaria al país. En este contexto, diversos estados árabes aprovecharon para descongelar sus relaciones con el gobierno sirio. Después del terremoto, los ministros de exteriores de Egipto, Jordania y Emiratos Árabes Unidos viajaron a Damasco²⁵. Túnez restableció sus relaciones diplomáticas con Siria tras once años²⁶. Sin embargo, Arabia Saudí y Jordania fueron los principales impulsores de la normalización de relaciones con el Gobierno sirio y los artífices de su retorno a la Liga Árabe²⁷.

El cambio de posición de Arabia Saudí ha sido radical en los últimos años –de armar a las facciones rebeldes en los inicios de la guerra civil siria en 2011 a buscar la fórmula para rehabilitar al Gobierno de Asad en el escenario regional–. Según CICARDI, Las razones de tal giro son tanto de índole interna como de posicionamiento exterior: Arabia Saudí quiere detener el tráfico de drogas hacia el Golfo Pérsico, reducir la influencia de Teherán sobre Bashar al Asad y posicionarse como un actor relevante para participar en la reconstrucción del país, que se prevé un gran negocio²⁸. Tras el terremoto, el ministro de exteriores saudí, Faisal bin Farhan al Saud, reconocía que había cierto consenso entre los países árabes de que el *statu quo* no era viable, por lo que abogaba por el diálogo con Damasco para abordar los problemas de la región²⁹. No obstante, el regreso de Asad a la Liga Árabe no hubiera sido posible sin el restablecimiento de las relaciones entre Irán y Arabia Saudí en marzo de 2023 gracias a la mediación de China. Esta reconstrucción de los lazos diplomáticos permitía la rebaja en las tensiones regionales, incluyendo los escenarios bélicos de Yemen y Siria³⁰. Apenas un mes después, el ministro de exteriores saudí se reunía con Bashar al Asad en Damasco³¹. En la reu-

23 Emiratos Árabes Unidos fue el primer estado del Golfo Pérsico en reabrir su embajada en Siria en 2018. Poco después lo hizo Bahréin, también en 2018. Ese mismo año, el entonces presidente de Sudán, Omar al Bashir, visitó Siria. Por su parte, Irak, Líbano y Egipto hicieron llamamientos para restaurar a Siria en la Liga Árabe. LOFT, P., *Syria's civil war in 2023...*, *op. cit.*, pp.19-21.

24 UNDP, “UNDP’s Response Türkiye-Syria Earthquakes”, disponible en <https://www.undp.org/turkiye-syria-earthquakes>.

25 AL JAZEERA, “Egypt foreign minister visits Syria for first time since 2011”, 27 de febrero de 2023, disponible en <https://www.aljazeera.com/news/2023/2/27/egypts-foreign-minister-visits-syria-for-first-time-since-war>.

26 MIDDLE EAST MONITOR, “Tunisia appoints envoy to Syria for first time in 11 years”, 28 de abril de 2023, disponible en <https://www.middleeastmonitor.com/20230428-tunisia-appoints-envoy-to-syria-for-first-time-in-11-years/>.

27 CICARDI, F., “Al Asad regresa a la arena árabe”, *op. cit.*, pp.40-43. ÁLVAREZ-OSSORIO ALVARIÑO, I., “Syria and the Arab League...”, *op. cit.*, pp.245-247.

28 CICARDI, F., “Al Asad regresa a la arena árabe”, *op. cit.*, p.41.

29 MIDDLE EAST EYE, “Dialogue needed with Syria government, says Saudi foreign minister”, 20 de febrero de 2023, disponible en <https://www.middleeasteye.net/news/saudi-arabia-dialogue-syria-government-status-quo>.

30 CICARDI, F., “Al Asad regresa a la arena árabe”, *op. cit.*, p.41.

31 AL JAZEERA, “Saudi foreign minister meets Syria’s Assad in Damascus”, 18 de abril de 2023, disponible en <https://www.aljazeera.com/news/2023/4/18/saudi-foreign-minister-meets-syrias-assad-in-damascus>.

nión, el ministro saudí expresaba el deseo de encontrar una solución política al conflicto sirio que preservara “su identidad árabe y su retorno a su entorno árabe”³².

La restauración de Siria en la Liga Árabe tampoco hubiera sido posible sin la intervención de Jordania. El reino hachemí impulsó la normalización de relaciones con el objetivo de atajar la desestabilización producida por factores como la acogida de refugiados y el tráfico de drogas³³. En 2021, Jordania trazó un plan para solucionar el conflicto en el país vecino. Su propósito era incentivar la implementación de la Resolución 2254 del Consejo de Seguridad, incluyendo el regreso de Siria a la Liga Árabe y la relajación progresiva de las sanciones, a cambio de que el gobierno de Asad diera pasos para facilitar el retorno seguro y voluntario de los refugiados, y garantizara el acceso de ACNUR a las áreas afectadas³⁴. La iniciativa jordana establecía tres prioridades fundamentales para solucionar los problemas humanitarios, políticos y de seguridad derivados de la guerra en Siria: (i) reducir la influencia de Irán; (ii) frenar el tráfico de drogas a través de la frontera; y (iii) acelerar el retorno seguro de los refugiados³⁵. La propuesta también buscaba ofrecer una respuesta netamente árabe a la crisis siria que limitara la influencia de otras potencias no árabes en la región³⁶.

Con esta hoja de ruta, en la que se condicionaba, al menos aparentemente, la rehabilitación de Siria en la Liga Árabe a la implementación de medidas, las rondas de contactos intergubernamentales aumentaron. A tal efecto, el 14 de abril de 2023 se celebró en Yeda una reunión de los ministros de exteriores de los países del Consejo de Cooperación del Golfo junto con Egipto, Irak y Jordania para discutir la readmisión de Siria a la Liga Árabe y un plan de paz liderado por estados árabes³⁷. La reunión concluyó sin acuerdo, dado que algunos países, como Qatar, sostenían que las condiciones que llevaron a la suspensión de Siria no habían cambiado³⁸. A principios de mayo, los ministros de exteriores de Arabia Saudí, Jordania, Irak, Egipto y su homólogo sirio concertaron en Amán “el inicio de reuniones encaminadas a resolver la crisis siria, en consonancia con la Resolución 2254 del Consejo de Seguridad, y a abordar las consecuencias de las crisis humanitarias, políticas y de seguridad”³⁹. La declaración de Amán

32 Ibid.

33 En la siguiente sección se abordarán los factores que desencadenaron la normalización de las relaciones de los estados árabes con Siria.

34 ÁLVAREZ-OSSORIO ALVARIÑO, I., “Syria and the Arab League...”, *op cit.*, p.246.

35 ERSAN, M., “Jordan’s plan for Syria normalisation: Refugees, drugs and militias”, *Middle East Eye*, 4 de abril de 2023, disponible en <https://www.middleeasteye.net/news/jordan-syria-plan-normalisation-refugees-drugs-militias>.

36 El ex ministro de información jordano, Mohammad Momani, aseguraba que los Estados árabes tenían interés en que Siria regresara al redil. Según otras fuentes del gobierno jordano, “[t]he initiative aims at responding to the current reality in Syria so that we don’t leave the region open to others while Arabs have been absent for years”. Ibid.

37 REUTERS, “Arab foreign ministers discuss Syria crisis at Saudi meeting”, 15 de abril de 2023, disponible en <https://www.reuters.com/world/middle-east/arab-foreign-ministers-discuss-syria-crisis-saudi-meeting-2023-04-15/>.

38 Ibid.

39 La traducción es nuestra. Entre otras cuestiones, los asistentes situaron el retorno de los refugiados como una prioridad. También acordaron reforzar la cooperación en esta materia, así como en la lucha contra el terrorismo y el tráfico de drogas desde Siria. SAUDI PRESS AGENCY, “Final Communique of Minis-

suponía el encumbramiento del enfoque de “paso a paso” incluido en la hoja de ruta jordana basada en promover un liderazgo árabe en los esfuerzos por resolver la crisis siria⁴⁰.

Poco después, el 7 de mayo de 2023, los gobiernos árabes votaron en El Cairo la readmisión de Siria a la Liga Árabe. En declaraciones posteriores a la cumbre, el Secretario General de la organización, Ahmed Aboul Gheit, justificaba la decisión aludiendo a que “el restablecimiento de Siria no significa la normalización de las relaciones entre los países árabes y Siria” puesto que “es una decisión soberana de cada país”⁴¹. Preguntado acerca de la posibilidad de que el presidente sirio acudiese a la cumbre de la Liga Árabe en Arabia Saudí, el Secretario General de la organización señaló que la decisión dependía de Siria, dado que, como miembro de pleno derecho, podía reocupar su asiento⁴². Y así lo hizo.

Por primera vez desde la suspensión del país en 2011, el 19 de mayo de 2023, Bashar al Asad asistió a la 32ª cumbre de la Liga Árabe celebrada en Yeda. El príncipe Mohammed bin Salman, en su discurso como representante del país anfitrión de la cumbre, expresó la satisfacción de contar con la presencia del presidente sirio⁴³. En su opinión, el regreso de Siria a la Liga Árabe contribuía a la estabilidad del país árabe y de la región⁴⁴. Para Bashar al Asad, este retorno suponía “el comienzo de una nueva fase de acción árabe por la solidaridad entre nosotros, por la paz en la región, el desarrollo y la prosperidad en lugar de la guerra y la destrucción”⁴⁵. La declaración de Yeda, adoptada al final de la cumbre, consagró esas ideas⁴⁶.

Así pues, la rehabilitación del gobierno de Bashar al Asad en la esfera regional confirmaba que era el vencedor de la guerra y, como tal, pasaba a ser el interlocutor adecuado para participar en la solución de los problemas que él mismo (aunque no en solitario) había contribuido a crear. Caber preguntarse, por tanto, cuáles fueron las variables cuya combinación posibilitó el cambio de posición de los gobiernos árabes.

terial Contact Group Meeting on Syria”, 2 de mayo de 2023, disponible en <https://www.spa.gov.sa/en/da880c2eaei>.

40 Ibid.

41 La traducción es nuestra. Qatar, por ejemplo, no se opuso a la decisión, aunque manifestó que no restablecería sus relaciones con el régimen de Asad. Al parecer no votó contra la readmisión de Siria en un intento por reparar las relaciones con otros países árabes, deterioradas tras la crisis de 2017. Por su parte, Kuwait se opuso a la normalización de las relaciones. LOFT, P., *Syria's civil war in 2023...*, *op. cit.*, p.22.

42 AL JAZEERA, “Arab League brings Syria back into its fold after 12 years”, 7 de mayo de 2023, disponible en <https://www.aljazeera.com/news/2023/5/7/arab-league-agrees-to-bring-syria-back-into-its-fold>.

43 SAUDI PRESS AGENCY, “Deputising for the Custodian of the Two Holy Mosques, HRH Crown Prince Chairs 32nd Regular Session of Arab League Council at Summit Level”, disponible en <https://www.spa.gov.sa/ja/3a41219ca5n>

44 Ibid.

45 La traducción es nuestra. WINTOUR, P., “Bashar al-Assad tells Arab League he hopes his return marks new era of peace”, *The Guardian*, 19 de mayo de 2023, disponible en <https://www.theguardian.com/world/2023/may/19/syria-bashar-al-assad-receives-warm-welcome-on-arab-league-return>.

46 Vid. los numerales 3 y 6 de SAUDI PRESS AGENCY, “Jeddah Declaration: Arab Leaders Affirm the Importance of Promoting Joint Arab Action Based on Common Foundations, Values, Interests and One Destiny”, 19 de mayo de 2023, disponible en <https://www.spa.gov.sa/en/47e1778aaao>.

III. LOS FACTORES DE LA NORMALIZACIÓN DE LAS RELACIONES ÁRABES CON EL GOBIERNO DE SIRIA

El proceso de normalización de las relaciones de los estados árabes con el gobierno de Siria se explica por la interacción de numerosos factores. Algunos de los que se detallan en esta sección afectan también a la Unión Europea. Diversos autores atribuyen el fenómeno normalizador al cambio en las dinámicas en la región, pero sobre todo a los intereses y agendas de cada uno de los estados árabes involucrados⁴⁷. El regreso de Siria a la Liga de Estados Árabes supone simplemente la culminación de un proceso que lleva años gestándose. Para HEYDEMANN, la normalización del régimen de Bashar al Asad encapsula el deseo de los estados árabes de que la reintegración regional fuera más efectiva que las sanciones y el aislamiento y persuadiera al presidente sirio de la necesidad de abordar las preocupaciones regionales como el retorno de las personas desplazadas, el tráfico de drogas o la influencia iraní⁴⁸. Es cierto que, si bien no todos los problemas son considerados igual de prioritarios por los estados árabes, conjuntamente suponen una marea desestabilizadora de toda la región⁴⁹. El objetivo de la normalización consistía, en fin, en el acercamiento al gobierno de Bashar al Asad para tratar de hacerlo partícipe de la solución de los problemas que se derivaron de la crisis siria.

Un factor clave en la normalización de las relaciones árabes con el Gobierno de Siria ha sido el retorno de las personas desplazadas y los refugiados. Esta cuestión se sitúa en la cima de las prioridades de los estados árabes, especialmente para Jordania, que orientó su política de acercamiento al régimen de Asad con vistas a solucionar el problema⁵⁰. Según los datos de ACNUR, el conflicto armado sirio ha causado un total de 13,8 millones de personas sirias desplazadas por la fuerza, de las cuales 6,5 millones corresponden a personas refugiadas y solicitantes de asilo⁵¹. Los datos señalan que, en 2023, tras los terremotos de febrero, se alcanzó la cifra 7,2 millones de personas desplazadas de sus hogares dentro de Siria⁵². Los países vecinos han acogido a la mayoría de la población refugiada. En concreto, Turquía alberga 3,2 millones de refugiados, seguida del Líbano con 785.000 y Jordania con 650.000⁵³. En estos dos últimos estados, cuyas economías se han deteriorado en los últimos años, se ha instalado la percepción de que la población refugiada se ha convertido en una carga económica, e incluso se ha utilizado a los refugiados como chivos expiatorios para desviar la

47 CICARDI, F., “Al Asad regresa a la arena árabe”, *op. cit.*, pp.40-42; KARAHAMAD, M. y SCHWAB, R., “Arab States’ Incentives...”, *op. cit.*; KARDAS, S. y ARAS, B., “What Drove Syria Back into the Arab Fold?”, *Middle East Policy*, vol.30, núm.3, 2023, pp.70-80, p.78.

48 HEYDEMANN, S., “Syria’s normalization...”, *op. cit.*

49 KHALIFA, D. y HILTERMANN, J., “Normalising Relations with Syria: How Significant?”, *International Crisis Group*, 29 junio 2023, disponible en <https://www.crisisgroup.org/middle-east-north-africa/east-mediterranean-mena/syria/normalising-relations-syria-how-significant>.

50 ERSAN, M., “Jordan’s plan for Syria...”, *op. cit.*

51 ACNUR, *Tendencias globales del desplazamiento forzado en 2023*, junio de 2024, p.9.

52 *Ibid.*, p.9.

53 Los datos proporcionados por ACNUR contemplan los refugiados registrados por el propio organismo de Naciones Unidas. Sin embargo, las estimaciones de los gobiernos sitúan esas cifras muy por encima. *Ibid.*, p.18, incluidas las notas al pie.

atención pública de otros problemas políticos y sociales⁵⁴. La declaración de Amán consagró expresamente el interés por resolver esta cuestión con urgencia, indicándose la necesidad de cooperar con Siria para que facilitara el retorno seguro y voluntario de los refugiados acogidos por Jordania⁵⁵.

Sin duda, el desplazamiento de población causado por la guerra en Siria ha impactado en los estados vecinos. Durante años, los países de acogida se han encargado de la absorción, del control y de la gestión de los flujos migratorios. En ello ha tenido mucho que ver la política exterior europea activada tras la llegada masiva de personas desplazadas sirias a las fronteras de la Unión Europea entre 2015 y 2016. A partir de ese momento, la Unión Europea puso en marcha una política de “contención” de la migración basada en la externalización de la gestión migratoria⁵⁶. Una “gobernanza de los refugiados” en los estados vecinos destinada a reducir la migración hacia las fronteras europeas mediante la aportación de grandes cantidades de recursos a estos países de acogida⁵⁷. Con el envío masivo de ayuda se pretende la construcción de resiliencia en las poblaciones de estos estados y en las personas desplazadas, a través de la mejora de sus condiciones, como parte del enfoque regional de la Unión Europea para la contención temporal de la migración hasta su retorno a Siria⁵⁸. Los resultados de esta estrategia, sin embargo, no han sido muy positivos⁵⁹.

Antes de la normalización de las relaciones con Siria ya hubo personas sirias que regresaron a su país de origen debido a multiplicidad de factores⁶⁰. Los datos de ACNUR verificaban el retorno de 419.284 individuos desde el año 2016 hasta 2024⁶¹. Sin embargo, la actual situación en Siria sigue siendo grave. A pesar de la reducción de las hostilidades, el país permanece inmerso en el conflicto armado y en un contexto de inseguridad generalizada y violencia que constituyen un campo abonado para las violaciones sistemáticas de los derechos humanos. En un informe del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) se advertía del alarmante patrón de abusos que sufren la inmensa mayoría de las personas que regresan a Siria⁶². Se registró, además, que algunas de las personas que habían regresado habían vuelto a abandonar el país por segunda vez, cruzando la frontera con el

54 CHEEMA, T.A.K., “International Accountability: The Normalization of the Syrian Regime and its Impact on Refugee Protection”, *York Law Review*, vol.4, 2023, pp.81-140, pp.93-96.

55 SAUDI PRESS AGENCY, “Final Communique of Ministerial...”, *op. cit.*

56 FAKHOURY, T., “The ‘Afterlife’ of Externalisation: How Policy Stories and Lived Experiences Shape EU External Policies”, *Externalizing Asylum*, 19 de julio de 2024, disponible en <https://externalizingasylum.info/the-afterlife-of-externalisation/>.

57 Ibid.

58 FAKHOURY, T. y STEL, N., “EU Engagement with Contested Refugee Returns in Lebanon: The Aftermath of Resilience”, *Geopolitics*, vol.21, n°3, 2023, pp.1007-1032. Sobre el envío de ayuda de la Unión Europea volveremos en la siguiente sección.

59 En el caso del Líbano, por ejemplo, más del 70% de los desplazados sirios viven por debajo del umbral de la pobreza, y solo el 20% tiene residencia legal. Ibid., pp.1012 y 1013.

60 ABBOUD, S., “‘The Decision to Return to Syria Is Not in My Hands’: Syria’s Repatriation Regime as Illiberal Statebuilding”, *Journal of Refugee Studies*, Vol. 37, n°1, 2023, pp.181-200, pp.183-185.

61 ACNUR, “Operational Update – Syria”, junio-julio de 2024, p.4.

62 ACNUDH, “We did not fear death but the life there”: *The Dire Human Rights Situation Facing Syrian Returnees*”, OHCHR Syria Country Office, febrero de 2024, pp.1-36.

Líbano o Turquía⁶³. El documento subrayaba el incremento de presión de los países vecinos sobre los refugiados y el aumento, en paralelo, de un discurso abiertamente hostil hacia ellos⁶⁴. El ACNUDH concluía que en el actual escenario de normalización de las relaciones con el régimen de Bashar al Asad era probable que se intensificara el retorno de población siria desde los países colindantes⁶⁵. También, el propio gobierno sirio está fomentando el regreso de personas, aunque el proceso de repatriación y asentamiento expone a graves riesgos de sufrir violaciones de los derechos humanos⁶⁶. Ahora, con la invasión del Líbano desde octubre de 2024 y los bombardeos por parte de las fuerzas israelíes, se ha producido un desplazamiento masivo de población hacia Siria. ACNUR estima que aproximadamente 528.000 personas habrían entrado en Siria desde la frontera libanesa, de las cuales el 71% son personas sirias mientras que el 29% son nacionales libaneses⁶⁷.

La segunda de las razones de los estados árabes para promover la normalización de las relaciones con el gobierno de Bashar al Asad fue poner freno al tráfico de narcóticos hacia el Golfo Pérsico. Según datos oficiales de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), en la última década, la región se ha convertido en el principal mercado de captagon –una anfetamina con un bajo coste de producción y cuyo uso recreacional ha crecido en los países de la región–⁶⁸. La República Árabe de Siria se ha posicionado como el principal país productor de esta droga⁶⁹. El régimen de Bashar al Asad estaría directamente involucrado en la producción y distribución de captagon con el fin de obtener recursos con los que sostener una economía hundida por trece años de conflicto armado y sanciones económicas –especialmente estadounidenses y europeas–⁷⁰. En 2021, Der Spiegel reveló que el gobierno, incluyendo los círculos del presidente sirio, protegía y participaba del tráfico de drogas⁷¹.

63 Ibid., pp.2-3.

64 Ibid., p.5.

65 Ibid., pp.29-30.

66 El profesor Abboud sostiene que el proceso de repatriación pretende diferenciar entre las personas retornadas leales y las desleales. Esto produce, por un lado, un efecto desincentivador en las personas que desean retornar, pues los candidatos a regresar deben demostrar su lealtad o sufrir abusos de los derechos humanos. Y, por otro lado, este proceso supone una forma de desnacionalización de facto. ABOUD, S., “The Decision to Return...”, *op. cit.*, pp.187 y ss.

67 ACNUR, “Response to displacement from Lebanon to Syria”, disponible en <https://www.unhcr.org/sy/displacement-from-lebanon-to-syria>.

68 UNODC, *World Drug Report 2024: Key findings and Conclusions*, United Nations Publications, 2024, pp.30-31, disponible en https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/WDR_2024/WDR24_Key_findings_and_conclusions.pdf.

69 Las principales áreas de producción y distribución se sitúan en Siria, y, en menor medida, en el Líbano. El tráfico de captagon se dirige hacia los países del Golfo Pérsico, en especial Arabia Saudí y los Emiratos Árabes Unidos, a través de Jordania e Irak. Ibid., p.30.

70 Desde la captura por parte del Gobierno en el año 2018 de importantes zonas controladas por las facciones opositoras, las ganancias derivadas de la producción y tráfico de drogas han aumentado. Las estimaciones de los ingresos generados por estas actividades alcanzaban los 5.700 millones de dólares en 2021, aunque otras fuentes elevan esas cifras. ALGHANNAM, H., “Border Traffic: How Syria Uses Captagon to Gain Leverage Over Saudi Arabia”, *Carnegie Endowment for International Peace*, 9 de julio de 2024, disponible en <https://carnegieendowment.org/research/2024/07/border-traffic-how-syria-uses-captagon-to-gain-leverage-over-saudi-arabia?lang=en¢er=middle-east>.

71 El informe señalaba que Maher al Asad, el hermano pequeño del presidente y comandante de la 4ª División, estaba involucrado en los envíos de captagon camuflados entre otros productos. DIEHL, J., AL-NAJJAR,

Los países del entorno han decomisado millones de pastillas ocultas en cargamentos de todo tipo⁷². Jordania y Arabia Saudí –pero también Irak o Emiratos Árabes Unidos– se han visto especialmente afectados por la llegada masiva de captagon. De ahí su interés en buscar una solución que involucrara a Siria. Por su parte, el gobierno de Asad ha utilizado la lucha contra el tráfico de drogas como un instrumento de presión en aras de facilitar su rehabilitación en el ámbito regional y poner fin a años de aislamiento y sanciones⁷³. Los estados árabes incluyeron explícitamente en la declaración Amán la voluntad de reforzar la cooperación con Siria para contrarrestar el tráfico de narcóticos⁷⁴. Además, Siria se comprometía a constituir junto con Irak y Jordania unos operativos conjuntos para identificar los lugares de producción y las rutas de contrabando y poner en marcha las medidas necesarias para impedir el tráfico⁷⁵. Sin embargo, desde la normalización de las relaciones, no parece que el gobierno de Bashar al Asad haya tomado medidas eficaces para resolver el problema⁷⁶.

El tercer factor de importancia en el proceso de rehabilitación del gobierno de Bashar al Asad ha sido la preocupación por la creciente influencia iraní a lo largo de trece años de conflicto armado. La declaración de Amán reflejaba, en parte, esa incomodidad con la intervención iraní en suelo sirio, aunque también con la presencia militar de otras potencias en el terreno. El documento subrayaba el apoyo árabe a Siria para que recuperara el control del territorio y pusiera fin a la presencia de grupos armados, organizaciones terroristas y potencias extranjeras⁷⁷.

La política de acercamiento diplomático con el régimen sirio también buscaba rebajar el peso de Irán en Siria. No obstante, la supervivencia de Bashar al Asad se debe a la intervención iraní en el conflicto armado. Desde las primeras etapas de la guerra, el gobierno de Teherán ha invertido muchos recursos económicos, militares y políticos en sostener en el poder a su aliado. Irán movilizó a las fuerzas de Hezbolá y formó otras milicias chiíes, alcanzando la cifra de hasta 50.000 combatientes en el momento álgido⁷⁸. Asimismo, se ha documentado la ayuda financiera por valor de millones de dólares y el apoyo logístico militar en forma de entrenamiento de tropas, creación de milicias pro-gubernamentales y suministros de armas y equipos⁷⁹. Por esta razón, algunos analistas señalan que no parece razonable pensar que el gobierno de Siria pudiera des-

M. y REUTER, C., “Syrian Drug Smuggling: The Assad Regime Would Not Survive Loss of Captagon Revenues”, *Der Spiegel*, 21 de junio de 2022, disponible en <https://www.spiegel.de/international/world/syrian-drug-smuggling-the-assad-regime-would-not-survive-loss-of-captagon-revenues-a-b4302356-e562-4088-95a1-45d557a3952a>.

72 UNODC, *World Drug Report 2024...*, *op. cit.*, p.30.

73 ALGHANNAM, H., “Border Traffic...”, *op. cit.*

74 SAUDI PRESS AGENCY, “Final Communique of Ministerial...”, *op. cit.*

75 Ibid.

76 TABLER, A.J., “A Year of Arab Engagement with Assad Has Failed”, *Washington Institute for Near East Policy*, 15 de mayo de 2024, disponible en <https://www.washingtoninstitute.org/policy-analysis/year-arab-engagement-assad-has-failed>. Con todo, hay indicios que señalan una reducción del contrabando de drogas hacia Jordania, pero se debería más a la ofensiva israelí contra Gaza y el Líbano (incluidos los bombardeos de las posiciones de Hezbolá en Siria) que a voluntad del régimen de Asad de cumplir con sus compromisos. THE SYRIAN OBSERVER, “Is Assad Realigning His Position?”, 13 de noviembre de 2024, disponible en <https://syrianobserver.com/foreign-actors/is-assad-realigning-his-position.html>.

77 SAUDI PRESS AGENCY, “Final Communique of Ministerial...”, *op. cit.*

78 ÁLVAREZ-OSSORIO ALVARIÑO, I., “Syria and the Arab League...”, *op. cit.*, p.246.

79 LOFT, P., *Iran's influence in the Middle East*, House of Commons Library, Research Briefing, 25 de julio de 2024, disponible en <https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/CBP-9504/CBP-9504.pdf>.

embarazarse de la presencia iraní por el mero restablecimiento de contactos diplomáticos con los estados árabes, incluso con el retorno a la Liga Árabe⁸⁰. Más aún, HEYDEMANN sostiene que la reincorporación de Siria en el círculo árabe no manifestaría tanto el interés por reducir la influencia de Irán, sino más bien la aceptación de Teherán como un actor regional clave⁸¹. En este sentido, el acercamiento diplomático con Bashar al Asad sería una muestra más de la desescalada de las tensiones con Irán, como lo fue el restablecimiento de las relaciones diplomáticas con Arabia Saudí en marzo de 2023⁸². Por su parte, el régimen de Damasco parece querer alejarse cautelosamente de la influencia de su aliado para no convertirse en un objetivo de Israel, aunque tampoco puede abandonar su posicionamiento anterior⁸³.

A los factores anteriores se añaden las posibilidades económicas derivadas de la reconstrucción del país. La República Árabe de Siria está completamente hundida tras más de trece años de conflicto armado y las previsiones apuntan a un empeoramiento de la situación en este 2024⁸⁴. La economía se ha contraído un 54% desde 2011, y la inflación se ha disparado, mientras que la moneda se devalúa continuamente. En este escenario, los índices de pobreza y de inseguridad alimentaria han crecido dramáticamente. Según datos de las Naciones Unidas, 16,7 millones de personas sirias necesitan ayuda humanitaria⁸⁵.

El coste de la reconstrucción de Siria se ha calculado en 400.000 millones de dólares⁸⁶. Esta astronómica cifra es inasumible para el gobierno de Bashar al Asad, de modo que el régimen requiere de la participación de terceros en este proceso. Los principales aliados de Asad, Rusia e Irán, no están en disposición de afrontar la carga económica de reconstruir Siria, pues tienen otras prioridades –como la guerra en Ucrania o el aumento de las tensiones con Israel–⁸⁷. En consecuencia, la política de normalización de los estados árabes podría responder, también, a las interesantes perspectivas económicas. Bajo la perspectiva de los gobiernos árabes, la reconstrucción equivale a la estabilización de Siria y, por tanto, ello contribuye a la mitigación de los problemas derivados. Además, los estados árabes son los únicos con suficiente capacidad económica para participar en la reconstrucción de Siria. No obstante, las sanciones implementadas por Estados Unidos –y en menor medida por la Unión Europea– son el principal impedimento para desbloquear miles de millones de dólares, dado que limitan los potenciales beneficios económicos⁸⁸.

80 DAOUD, D., “The Arab League thinks...”, *op. cit.*

81 HEYDEMANN, S., “Syria’s normalization...”, *op. cit.*

82 LOFT, P., *Syria’s civil war in 2023...*, *op. cit.*, p.22.

83 THE SYRIAN OBSERVER, “Is Assad Realigning...”, *op. cit.*

84 WORLD BANK, “Syria Economic Monitor: Conflict, Crises and the Collapse of Household Welfare”, primavera de 2024, disponible en <https://documents.worldbank.org/en/publication/documents-reports/documentdetail/099515505222471242/idu12e419274142fc14ff31baf411ef0c0aef81c>.

85 UNOCHA, “Syrian Arab Republic”, disponible en <https://www.unocha.org/syrian-arab-republic>.

86 Según algunas fuentes, las estimaciones más bajas sitúan el coste de la reconstrucción en 250.000 millones mientras que las más altas lo elevan hasta 1 billón. ASSENBURG, M., “Reconstruction in Syria: Challenges and policy options for the EU and its member states”, *Stiftung Wissenschaft und Politik –SWP-Deutsches Institut für Internationale Politik und Sicherheit*, julio de 2020, pp.1-35, p.5.

87 ÁLVAREZ-OSSORIO ALVARIÑO, I., “Syria and the Arab League...”, *op. cit.*, p.247.

88 ASSENBURG, M., “Reconstruction in Syria...”, *op. cit.*, pp.12-16. También KHALIFA, D. y HILTMANN, J., “Normalising Relations...”, *op. cit.*

A pesar de la presión estadounidense, la normalización de los estados árabes con el gobierno sirio se ha visto posibilitada por un cambio en la política exterior de Estados Unidos. El conflicto armado ha dejado de estar entre sus prioridades. La política estadounidense respecto del régimen de Bashar al Asad se ha fundamentado principalmente en la imposición de sanciones y en el aislamiento internacional. Esta línea de acción se ha mantenido con pocas variaciones desde el mandato de Barack Obama, pasando por las administraciones de Donald Trump y de Joe Biden⁸⁹. Los analistas han criticado duramente estas políticas por su tibieza⁹⁰.

El gobierno de Biden ha lanzado mensajes contradictorios con respecto del proceso de normalización de relaciones iniciado por los estados árabes. Oficialmente, los Estados Unidos se oponen a la normalización del régimen de Asad, pero no impiden que sus aliados regionales avancen en esa dirección⁹¹. El ejemplo más claro fueron las declaraciones de Barbara Leaf, la subsecretaria de estado para los asuntos de Oriente Próximo, quien animó a los estados árabes a “conseguir algo” a cambio de la rehabilitación regional de Asad⁹².

Ello contrasta con las sanciones impuestas por las sucesivas administraciones estadounidenses, cuyo fin se orientó a castigar y a disuadir los esfuerzos por normalizar al régimen sirio. Así fue, sobre todo, con la adopción de la *Caesar Syria Civilian Protection Act*, firmada por presidente Trump en 2019, que ponía en el punto de mira a las entidades no estadounidenses que facilitaran la reconstrucción de Siria fuera del marco político de transición dibujado en la Resolución 2254 del Consejo de Seguridad. Tales sanciones, que completaban las implementadas por el gobierno de Obama, expiran en diciembre de 2024. Por esta razón, la administración Biden está tratando de sacar adelante otra propuesta legislativa denominada *Assad Regime Anti-Normalization Act*, con la que se espera endurecer las sanciones y alargar el plazo de su aplicación hasta 2032⁹³. Según algunos analistas, la inefectiva política de sanciones y aislamiento para derrocar a Bashar al Asad ha provocado la disminución del papel de los Estados Unidos en la región, lo cual ha obligado a los gobiernos árabes a adoptar una posición más pragmática para afrontar los cambios regionales, más allá de las prioridades estadounidenses⁹⁴. En la actualidad, el apoyo incondicional de Estados Unidos a la guerra de Israel en

89 KHOURY, N., “Biden’s Syria Policy: Steady Non-commitment and Persistent Failure”, *Arab Center Washington DC*, 20 de septiembre de 2020, disponible en <https://arabcenterdc.org/resource/bidens-syria-policy-steady-non-commitment-and-persistent-failure/>.

90 Ibid.; ROGIN, J., “Biden is letting Assad off the hook, with dangerous consequences”, *The Washington Post*, 30 de abril de 2024, disponible en <https://www.washingtonpost.com/opinions/2024/04/30/biden-assad-syria-sanctions/>.

91 KHOURY, N., “Biden’s Syria Policy...”, *op. cit.*

92 IDLBI, Q., “Can Arab League states ‘get something’ for readmitting Assad?”, *Atlantic Council*, 19 de mayo de 2023, disponible en <https://www.atlanticcouncil.org/blogs/new-atlanticist/can-arab-league-states-get-something-for-readmitting-assad/>.

93 La ley fue aceptada por el Congreso en febrero de 2024. La proposición se encuentra en el Senado. Vid. SYRIA JUSTICE AND ACCOUNTABILITY CENTRE, “Assad Regime Anti-Normalization Act passes the House”, 7 de marzo de 2024, disponible en <https://syriaaccountability.org/assad-regime-anti-normalization-act-passes-the-house/>.

94 KARDAS, S. Y ARAS, B., “What Drove Syria Back...”, *op. cit.*, pp.77-79. En opinión de Heydemann, este distanciamiento entre Estados Unidos y los estados árabes podría suponer “la formación de un marco de

Gaza y el Líbano y la victoria electoral de Donald Trump podrían modificar la política exterior estadounidense hacia Siria⁹⁵.

A estos factores cabría añadir el estancamiento del proceso de paz auspiciado por las Naciones Unidas, cuyo marco de implementación se contiene en la Resolución del Consejo de Seguridad 2254 (2015), de 18 de diciembre. La Resolución 2254 proponía la transición política negociada para poner fin al conflicto, así como la redacción de una nueva constitución y la celebración de elecciones libres en Siria. A tal fin, las Naciones Unidas promovieron las conversaciones de paz en Ginebra, que han resultado ser un fracaso. Con el tiempo, los cambios en el terreno habían dado una posición de fuerza a Bashar al Asad –sobre todo tras la intervención militar rusa en 2015 y ante la preocupación internacional por derrotar al grupo terrorista Estado Islámico–, lo cual se tradujo en la intransigencia del gobierno sirio para negociar⁹⁶. Ante los escasos avances en Ginebra, se abrió en Astaná un nuevo proceso de negociación de un alto el fuego en 2017, auspiciado en este caso por Rusia, Turquía e Irán, que tampoco ha solucionado la crisis siria⁹⁷. Por su parte, el Enviado Especial de las Naciones Unidas para Siria, Geir Pedersen, ha tratado en varias ocasiones de revitalizar, sin demasiado éxito, los esfuerzos por retomar las negociaciones con la implicación de todas las partes relevantes con arreglo a la Resolución 2254⁹⁸. Verdaderamente, como apunta ÁLVAREZ-OSSORIO, el marco negociador establecido en Ginebra, y adoptado en la Resolución 2254, fue superado por los acontecimientos, aunque la comunidad internacional siguió aferrándose a él⁹⁹. Este marco de negociación inoperante es al que alude repetidamente Estados Unidos.

También la Unión Europea se ha adherido a esta posición, firmemente alineada con la postura estadounidense, y cuyo pilar fundamental es la no normalización del régimen de Asad. Ahora bien, el giro en la posición de los gobiernos árabes obliga a repensar la política exterior de la Unión Europea ya que ha permanecido invariablemente orientada por la Estrategia para Siria adoptada en 2017. Como se verá en la siguiente sección, la falta de resultados tras más de una década de sanciones y aislamiento contra el gobierno de Asad ha minado la posición colectiva produciendo una corriente crítica dentro de los estados miembros a favor del acercamiento a Damasco.

seguridad post-Guerra Fría, post-Pax Americana organizado localmente” (la traducción es nuestra). HEY-DEMANN, S., “Syria’s normalization...”, *op. cit.*

95 NELSON, M., “What does the US presidential election mean for Syria?”, *Syria Direct*, 4 de noviembre de 2024, disponible en <https://syriadirect.org/what-does-the-us-presidential-election-mean-for-syria/>.

96 ÁLVAREZ-OSSORIO ALVARIÑO, I., *Siria. La década negra (2011-2021)*, Ed. Catarata, Madrid, 2022, pp.177-182.

97 *Ibid.*, pp.182-184.

98 UNITED NATIONS PRESS, “‘Piecemeal Diplomacy’ Will Not End Syria Conflict, United Nations Envoy Tells Security Council”, 20 de septiembre de 2024, disponible en <https://press.un.org/en/2024/sc15827.doc.htm>.

99 ÁLVAREZ-OSSORIO ALVARIÑO, I., *Siria. La década negra...*, *op. cit.*, p.181.

IV. LA UNIÓN EUROPEA Y LA NORMALIZACIÓN DE LAS RELACIONES CON SIRIA

1. La política exterior de la Unión Europea frente al conflicto armado sirio

La Unión Europea siempre había mantenido buenas relaciones comerciales y diplomáticas con la República Árabe de Siria. Un buen ejemplo fue la celebración del Acuerdo de Cooperación en 1977 entre las Comunidades Europeas y Siria, cuyo objetivo era liberalizar el comercio entre ambas partes, en especial la exportación del petróleo y otros productos derivados. Años después, la Unión Europea negoció la conclusión de un Acuerdo de Asociación con Siria, aunque este jamás llegó a firmarse¹⁰⁰. Por lo general, la cuestión del respeto de los derechos humanos no preocupaba demasiado a la Unión Europea, que mantuvo una política contemplativa cuando no condescendiente con las violaciones graves de los derechos humanos por parte del régimen represivo de los Asad en Siria¹⁰¹.

A partir de 2011 se produce, a pesar de un titubeo inicial, el cambio en la posición de la Unión Europea hacia una línea de oposición al gobierno de Bashar al Asad, sobre todo con el endurecimiento de la represión contra el alzamiento popular. Desde entonces la Unión Europea mantiene una postura contraria al régimen sirio y apuesta por una transición política sin Bashar al Asad en el poder. En términos generales, la respuesta de la Unión Europea al conflicto armado en Siria durante esta década se ha articulado en torno a la aplicación de medidas restrictivas contra una miríada de actores, el envío de ayuda humanitaria y la apuesta persistente por una salida negociada por la vía diplomática a la crisis¹⁰².

En mayo de 2011, el Consejo de la Unión Europea adoptó una serie de medidas restrictivas dirigidas contra altos cargos del régimen con el objetivo de conseguir que el Estado o las

100 Las negociaciones se iniciaron en 1998 y terminaron en 2004. El Acuerdo de Asociación quedó paralizado principalmente por razones de carácter político. En cambio, la Unión Europea sí que firmó Acuerdos de Asociación Euromediterráneos con siete países del sur del Mediterráneo. En 2008, el gobierno de Asad y la Unión Europea volvieron a negociar la firma de una versión revisada del Acuerdo de Asociación, pero en 2009 las autoridades sirias pidieron un período adicional de tiempo para examinar el texto. LÓPEZ-JACOÍSTE DÍAZ, E., “La Estrategia global de la Unión Europea para Siria”, en GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M.J. (Dirs.), *La Unión Europea como actor global de las relaciones internacionales: retos y problemas seleccionados*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp.123-186, pp.130-134. FERRER LLORET, J., “La Unión Europea ante la crisis siria: limitaciones e incoherencias de la acción exterior europea en el Mediterráneo”, *Revista General de Derecho Europeo*, vol.33, 2014, pp.1-60, p.9. Una revisión de los Acuerdos Euromediterráneos en PÉREZ SALOM, R., “La revisión de los Acuerdos Euromediterráneos a la luz de los resultados de la Conferencia sobre el Futuro de Europa”, en ALDECOA LUZÁRRAGA, F. y ESTEVE MOLTÓ, J.E. (Dirs.), *Retos y oportunidades de la Presidencia española del Consejo de la Unión Europea: aportaciones de la Conferencia sobre el Futuro de Europa*, Tirant Lo Blanch, 1ª edición, Valencia, 2023, pp.139-167.

101 FERRER LLORET, J., “La Unión Europea ante la crisis siria...”, *op. cit.*, pp.12-13.

102 VAN VEEN, E., DI PIETRANTONIO, A., EZZEDINE, N. y NAPOLITANO, P., *Band-aids, not bullets. EU policies and interventions in the Syrian and Iraqi civil wars*, Netherlands Institute of International Relations Clingendael, La Haya, Febrero 2021, p.23. Disponible en: <https://www.clingendael.org/pub/2021/eu-relevance-in-the-syrian-and-iraqi-civil-wars/3-eu-institutional-policies-and-interventions-in-the-syrian-civil-war/>. En general, vid. también FERRER LLORET, J., “La Unión Europea ante la crisis siria...”, *op. cit.*, pp.15 y ss.

personas sancionadas modificaran su conducta y cumplieran con sus obligaciones internacionales¹⁰³. También suspendió toda cooperación bilateral con el gobierno de Siria¹⁰⁴. El régimen de sanciones se basó en la restricción de viajes, la congelación de activos de individuos y entidades afines al gobierno, ampliándose progresivamente al comercio de petróleo y productos derivados; oro, metales preciosos y otros bienes de lujo; embargos de armas; la exportación de equipos y tecnologías que pudieran ser utilizados con finalidades represivas; las inversiones en industrias petroleras sirias; y el tráfico de bienes culturales¹⁰⁵. En la actualidad, las medidas restrictivas adoptadas por la Unión Europea afectan a un total de 316 personas, incluyendo al presidente Bashar al Asad, y 86 entidades y se han prorrogado hasta 1 de junio de 2025¹⁰⁶. Sin embargo, desde febrero de 2023, se introdujo una excepción humanitaria adicional para facilitar la entrega de ayuda humanitaria tras el terremoto que asoló Siria y Turquía¹⁰⁷.

Precisamente, el envío de ayuda ha sido el segundo gran ámbito de actuación de la política exterior europea ante el conflicto armado de Siria. La Unión Europea y sus miembros se han convertido en los máximos donantes de ayuda internacional. Desde el comienzo de la crisis en 2011 se han movilizado más de 33.300 millones de euros para apoyar a la población siria, tanto dentro del país como en la región¹⁰⁸. Con el fin de reforzar la asistencia a los refugiados

-
- 103 Decisión 2011/273/PESC del Consejo, de 9 de mayo de 2011, relativa a la adopción de medidas restrictivas contra Siria, Diario Oficial de la Unión Europea, DO L 121 de 10.5.2011, p. 11/14; y Reglamento (UE) n.º 442/2011 del Consejo, de 9 de mayo de 2011, relativo a las medidas restrictivas habida cuenta de la situación en Siria, Diario Oficial de la Unión Europea, DO L 121 de 10.5.2011, p. 1/10.
- 104 El Acuerdo de Cooperación fue suspendido parcialmente “hasta que las autoridades sirias pongan fin a las sistemáticas vulneraciones de los derechos humanos y pueda volver a considerarse que respetan el Derecho internacional general y los principios que forman la base del Acuerdo de cooperación”. Decisión 2011/523/UE del Consejo, de 2 de septiembre de 2011, por la que se suspende parcialmente la aplicación del Acuerdo de Cooperación entre la Comunidad Económica Europea y la República Árabe Siria, DO L 228 de 3.9.2011, p. 19/21; y modificado por la Decisión 2012/123/PESC del Consejo, de 27 de febrero de 2012, que modifica la Decisión 2011/523/UE por la que se suspende parcialmente la aplicación del Acuerdo de cooperación entre la Comunidad Económica Europea y la República Árabe Siria, DO L 54 de 28.2.2012, p. 18/19.
- 105 Para una lista de los bienes y sectores sujetos a restricciones, vid.: <https://sanctionsmap.eu/#/main>. Sobre las medidas restrictivas de la Unión Europea vid. FERRER LLORET, J., “Las medidas restrictivas de la Unión Europea contra las violaciones graves de los derechos humanos en el Mediterráneo: ¿una potencia normativa?”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm 42., diciembre 2021, pp.1-39.
- 106 Decisión (PESC) 2024/1510 del Consejo, de 27 de mayo de 2024, por la que se modifica la Decisión 2013/255/PESC relativa a la adopción de medidas restrictivas habida cuenta de la situación en Siria, DO L 2024/1510; Reglamento (UE) 2024/1497 del Consejo, de 27 de mayo de 2024, por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 36/2012, relativo a las medidas restrictivas habida cuenta de la situación en Siria, DO L 2024/1497; y Reglamento de Ejecución (UE) 2024/1517 del Consejo, de 27 de mayo de 2024, por el que se aplica el Reglamento (UE) n.º 36/2012 relativo a las medidas restrictivas habida cuenta de la situación en Siria, DO L 2024/1517. Para una lista completa de las personas y entidades sancionadas: <https://sanctionsmap.eu/#/main/details/32,34/?search=%7B%22value%22:%22%22,%22searchType%22:%7B%7D%7D>.
- 107 CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, “Terremoto en Turquía y Siria: la UE modifica las medidas restrictivas vigentes relativas a Siria para facilitar la prestación rápida de ayuda humanitaria”, 23 de febrero de 2023, disponible en <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2023/02/23/earthquake-in-turkiye-and-syria-eu-amends-restrictive-measures-in-place-regarding-syria-to-facilitate-the-speedy-delivery-of-humanitarian-aid/>.
- 108 Más información en la página web del Consejo de la Unión Europea: <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/syria/#assistance>.

y desplazados por la crisis siria, en diciembre de 2014 se creó el Fondo fiduciario regional en respuesta a la crisis siria (conocido como Fondo Madad) que movilizó hasta su cese de actividades un total de 2.380 millones de euros¹⁰⁹.

La ayuda internacional y la recaudación de fondos también se ha canalizado a través de la organización de las Conferencias “Apoyar el futuro de Siria y su región”. Desde 2017 se celebran conferencias anuales con el objetivo de apoyar a la población siria, fomentar su resiliencia, y movilizar a los países vecinos y a la comunidad internacional para buscar una solución política integral al conflicto armado en Siria de conformidad con la Resolución 2254 (2015) del Consejo de Seguridad. La VIII Conferencia de Bruselas sobre “Apoyar el futuro de Siria y su región”, celebrada entre el 30 de abril y el 27 de mayo de 2024, logró que los 800 participantes se comprometieran a aportar un total de 7.500 millones de euros, que incluye una contribución de 2.120 millones de euros de la propia Unión Europea para los años 2024 y 2025¹¹⁰.

Sin embargo, el envío de ayuda se ha utilizado como un instrumento para desplegar una política destinada a mantener a los potenciales solicitantes de asilo en los estados vecinos de acogida¹¹¹. Mediante el discurso de la construcción de resiliencia, es decir, el envío de ayuda orientado a la estabilización de las instituciones y la economía del estado de acogida y a la mejora de las condiciones de vida de las poblaciones locales y de los desplazados, se ha encubierto la externalización de la política de contención migratoria a través de la celebración de acuerdos con estos estados¹¹². En definitiva, la resiliencia se ha convertido en el eje que legitima y hace operativa la externalización por parte de la Unión Europea de la acogida y de la protección de los refugiados a los países de acogida regionales¹¹³.

El tercer eje de la respuesta de la Unión Europea al conflicto armado en Siria ha sido la apuesta por una solución política negociada. Esta posición a favor de un acuerdo político constituía en 2013 una prioridad para la acción europea dentro de una estrategia más amplia para abordar las consecuencias *ad intra* y *ad extra* de la crisis siria¹¹⁴. La expansión del grupo Dáesh en

109 El Fondo Madad acabó en diciembre de 2021, pero alguno de sus proyectos se alargará hasta junio de 2025. El Fondo Madad fue sustituido por el Instrumento de Vecindad, Desarrollo y Cooperación Internacional, otramante conocido como “Europa Global”. La cooperación de la Unión Europea en favor de la población de Siria se enmarca en este mecanismo. Más información en: https://trustfund-syria-region.ec.europa.eu/index_en.

110 EUROPEAN EXTERNAL ACTION SERVICE, “Supporting the future of Syria and the region”, disponible en https://www.eeas.europa.eu/eeas/syria-brussels-viii-conference-2024_en.

111 FAKHOURY, T., “The ‘Afterlife’ of Externalisation...”, *op. cit.*

112 Ibid.

113 FAKHOURY, T. y STEL, N., “EU Engagement with...”, *op. cit.*, pp.1023-1024.

114 La Comisión y la Alta Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad plantearon en el documento titulado *Hacia un enfoque global de la UE para la crisis siria* que la respuesta global de la Unión Europea a la crisis siria debía aspirar a: (a) apoyar una solución política que aporte una solución sostenible a la crisis; (b) evitar la desestabilización regional debida a las repercusiones del conflicto en los países vecinos; (c) abordar la dramática situación humanitaria y asistir a las poblaciones afectadas; y (d) abordar las consecuencias del conflicto en la Unión Europea. *Comunicación Conjunta al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, sobre Hacia un enfoque global de la UE para la crisis en Siria*, Bruselas, de 24 de junio de 2013, COM/JOIN (2013), 22 final, pp.2-4.

2014 desplazó la atención de la crisis política en Siria hacia la lucha contra el terrorismo. La Unión Europea, así como muchos de sus estados miembros, se incorporaron a la Coalición Internacional contra el Dáesh liderada por los Estados Unidos¹¹⁵. Entonces, las consecuencias del conflicto armado en Siria –en particular los potenciales ataques terroristas en suelo europeo y los desplazamientos masivos de población– eran percibidas como una amenaza para la seguridad interna de la Unión Europea¹¹⁶. En este contexto, el Consejo solicitó a la Alta Representante la elaboración de una estrategia regional global para Siria e Irak, así como para la amenaza del EIIL-Dáesh, en concordancia con los principios del Comunicado de Ginebra de 2012 y las resoluciones del Consejo de Seguridad que priorizaban la lucha contra el terrorismo internacional¹¹⁷. Los elementos centrales de esa estrategia regional ponían el foco en las razones que justificaban una intervención más intensa en los conflictos de la región, dado que muchos de ellos tenían repercusiones directas en la propia Unión Europea¹¹⁸. Los objetivos generales de esta estrategia eran: por un lado, “luchar contra la amenaza que representan Dáesh y otros grupos terroristas para la estabilidad regional e internacional”; y, por otro lado, “crear las condiciones para una transición política integradora en Siria y una estabilidad duradera en Siria, Irak y en los países de la región”¹¹⁹. El Consejo adoptó esta estrategia regional en marzo de 2015¹²⁰. Al año siguiente, sin embargo, el Consejo revisó la estrategia regional conjunta para Siria e Irak, aunque consideraba que los objetivos trazados en los documentos anteriores seguían siendo válidos¹²¹. En esencia, se reiteraba el apoyo de la Unión Europea a una solución política del conflicto sobre la base de la Resolución 2254 (2015) del Consejo de Seguridad, la urgencia de hacer frente a la amenaza terrorista, el mantenimiento de las medidas restrictivas mientras durase la represión y la necesidad de promover la rendición de cuentas por los crímenes internacionales que se estaban cometiendo en Siria.

La Unión Europea no tuvo una estrategia singularizada para Siria hasta el año 2017. En marzo de ese año, la Comisión y la Alta Representante presentaron los *Elementos para una Estrate-*

115 La Coalición cuenta con 87 participantes, entre los cuales está la Unión Europea y muchos de miembros, así como los gobiernos árabes y la Liga de Estados Árabes. Más información: <https://theglobalcoalition.org/en/partners/>.

116 OSIEWICZ, P., “The EU and the Syrian conflict: A decade on, what comes next?”, *Middle East Institute*, 30 de julio de 2021, disponible en <https://www.mei.edu/publications/eu-and-syrian-conflict-decade-what-comes-next>.

117 CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, “Conclusiones del Consejo sobre la crisis del EIIL-Daesh en Siria e Irak”, Luxemburgo, 20 de octubre de 2014, ST 14463 2014 INIT.

118 Entre las razones que se citan están la vulneración de los valores de la Unión Europea y los derechos humanos; el riesgo de desintegración de los estados afectados; la presión migratoria; el control de territorios por parte del Dáesh y el riesgo de contagio hacia países vecinos; o los ciudadanos europeos que se integraron en las filas del Dáesh. *Comunicación Conjunta al Parlamento Europeo y al Consejo, Elementos de una estrategia regional de la UE para Siria e Irak, así como en relación con la amenaza que representa Daesh*, Bruselas, 6 febrero 2015, JOIN (2015) 2 final, pp.3-4.

119 Ibid., p.7

120 CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, “Conclusiones del Consejo sobre la estrategia regional de la UE para Siria e Irak, así como en relación con la amenaza que representa el EIIL (Daesh)”, Bruselas, 16 de marzo de 2015, ST 7267 2015 INIT.

121 CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, “Conclusiones del Consejo sobre la estrategia regional de la UE para Siria e Irak, así como en relación con la amenaza que representa el EIIL (Daesh)”, Bruselas, 23 de mayo de 2016, ST 9105 2016 INIT.

gia de la Unión Europea para Siria, cuyo objetivo era diseñar una hoja de ruta para que la Unión Europea desempeñara un papel más importante en la consecución de una solución política en Siria¹²². Este documento, junto con las conclusiones del Consejo de 3 de abril de 2017, constituyen propiamente la estrategia específica para Siria¹²³. Así pues, los objetivos estratégicos de la Unión Europea se agrupan en seis ámbitos: (a) poner fin a la guerra mediante una auténtica transición política; (b) promover una transición constructiva e integradora en Siria; (c) salvar vidas atendiendo a las necesidades humanitarias de la población más vulnerable; (d) promover la democracia, los derechos humanos y la libertad de expresión; (e) promover la rendición de cuentas y facilitar un proceso de reconciliación nacional; y (f) reforzar la capacidad de recuperación de la población y la sociedad sirias¹²⁴.

La Estrategia para Siria insistía en la necesidad de una transición política negociada con las partes, en concordancia con las resoluciones del Consejo de Seguridad y el Comunicado de Ginebra de 2012, y que incluyera un diálogo con las principales potencias regionales y mundiales para identificar una base común sobre la que cimentar el proceso de reconciliación y reconstrucción¹²⁵. Para ello, la Unión Europea se proponía reforzar su apoyo a la oposición moderada y promover los procesos de rendición de cuentas por los crímenes de guerra y las violaciones del Derecho Internacional¹²⁶. Una vez la transición democrática se hubiera realizado, entonces la Unión Europea participaría en la reconstrucción mediante el levantamiento de las medidas restrictivas, la reanudación de la cooperación internacional y la movilización de la financiación¹²⁷. Esta posición se ha mantenido inalterada desde 2017.

Lamentablemente, la Estrategia de la Unión Europea no ha sido capaz de adaptarse a los cambios ocurridos en el terreno y en el escenario regional. El régimen de Bashar al Asad permanece en el poder y controla aproximadamente el 60% del territorio del estado. La crisis siria ha exportado sus problemas a los países vecinos, lo cual, con el paso de los años, ha producido una corriente en los gobiernos árabes orientada a la normalización de las relaciones, cuya culminación fue el retorno de Siria a la Liga Árabe. Mientras tanto, la Unión Europea persiste en su creencia de que la solución política sin Bashar al Asad en el poder y con un papel reforzado de los grupos de oposición, tal y como encumbraba la Resolución 2254, todavía es factible.

La política exterior de la Unión Europea respecto de Siria no le ha otorgado un papel relevante en la gestión del conflicto, con la salvedad, quizás, de su eficacia en el envío de ayuda humanitaria¹²⁸. Asimismo, la política de aislamiento y sanciones ha demostrado tener poca capacidad para influir en el comportamiento del gobierno de Bashar al Asad, en el de otras po-

122 *Comunicación Conjunta al Parlamento Europeo y al Consejo, Elementos para una Estrategia de la UE para Siria*, Estrasburgo, 14 de marzo de 2017, COM(JOIN) 11 final.

123 CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, "Conclusiones del Consejo sobre una Estrategia de la UE para Siria", Luxemburgo, 3 de abril de 2017, ST 7652 2017 INIT, p.2.

124 *Ibid.*, p.2.

125 *Comunicación Conjunta al Parlamento Europeo y al Consejo, Elementos para una Estrategia de la UE para Siria*, Estrasburgo, 14 de marzo de 2017, COM(JOIN) 11 final, pp.8-10.

126 *Ibid.*, pp.10-12

127 *Ibid.*, pp.15-16.

128 VAN VEEN, E., DI PIETRANTONIO, A., EZZEDINE, N. y NAPOLITANO, P., *Band-aids, not bullets....*, *op. cit.*, p.32.

tencias y en la dinámica del conflicto¹²⁹. Ello parece señalar una mayor capacidad de la Unión Europea para gestionar el posconflicto que la intervención directa en conflictos¹³⁰. Y, en todo caso, revela una acuciante necesidad de reformular la política exterior europea relacionada con la Estrategia para Siria para adaptarla al nuevo escenario en el que el gobierno de Bashar al Asad ha ido saliendo progresivamente del aislamiento. En estas circunstancias, el debate sobre el rumbo que deben tomar las relaciones con el gobierno de Siria ha hecho aparecer grietas internas en la posición colectiva de la Unión Europea. En este sentido, un grupo de estados miembros ha mostrado su apoyo a una modificación profunda de las relaciones, lo cual choca directamente con la postura institucional.

2. Fisuras en la posición de la Unión Europea: ¿Cambios a la vista en la política exterior hacia Siria?

La normalización regional de las relaciones con Siria obliga a la Unión Europea a repensar su política exterior. El retorno de Bashar al Asad del ostracismo, con el beneplácito de los estados árabes, perjudica, en general, la posición de todos aquellos actores que todavía sostienen una salida negociada e inclusiva –que, por cierto, no mantenga a Asad en el poder– al conflicto en Siria. Es el caso de la Unión Europea. No obstante, la Unión Europea tampoco puede desconocer la realidad y actuar como si el escenario no hubiera cambiado, máxime cuando algunos de los problemas regionales que propiciaron el cambio de política en los gobiernos árabes –la cuestión de los desplazados y refugiados– le afectan directamente. Con todo, la normalización regional de las relaciones abre la posibilidad de replantear la política exterior europea hacia Siria.

Ahora bien, la posición institucional, por el momento, no ha variado. De hecho, la noticia de la readmisión de Siria en la Liga Árabe no fue bien recibida por la Unión Europea. El Alto Representante, Josep Borrell, señaló que era una decisión soberana, pero observó que había sido tomada sin que el régimen sirio hubiera realizado ningún esfuerzo serio para resolver el conflicto¹³¹. Por esta razón, en junio de 2023, se pospuso a petición de la Unión Europea una reunión de nivel ministerial con la Liga Árabe¹³². Tal y como lo expresó el mismo Alto Representante tras la oficialización de las relaciones árabes con el gobierno de Siria: “Para la Unión Europea y sus estados miembros, las condiciones para la normalización con el régimen sirio están lejos de cumplirse. Sólo estaremos dispuestos a ayudar en la reconstrucción de Siria cuando esté en marcha una transición política integral y creíble”¹³³. Una solución que, por su-

129 ASSENBURG, M., “Reconstruction in Syria...”, *op. cit.*, p.6.

130 ABU-WARDA, N., “La política de la Unión Europea en Oriente Medio, historia y actualidad”, *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, nº 45, 2020, pp.499-526, p.517.

131 EUROPEAN EXTERNAL ACTION SERVICE, “Egypt: Press remarks by High Representative/Vice-President Josep Borrell after meeting with Secretary-General of the League of Arab States, Ahmed Aboul Gheit”, 18 de junio de 2023, disponible en https://www.eeas.europa.eu/eeas/egypt-press-remarks-high-representativevice-president-josep-borrell-after-meeting-secretary-general_en

132 Ibid.

133 La traducción es nuestra. EUROPEAN EXTERNAL ACTION SERVICE, “The conditions are not met...”, *op. cit.*

puesto, debía ir alineada con la hoja de ruta marcada en la Resolución 2254 (2015) del Consejo de Seguridad. En otras palabras, la posición institucional de la Unión Europea se mantiene inalterada en las tres negativas: no normalización, no reconstrucción y no levantamiento de las sanciones hasta que no se produzca una transición política. Esta firmeza no augura cambios en la política hacia Siria habida cuenta de los acontecimientos¹³⁴.

Sin embargo, han ido apareciendo brechas internas en la posición común de la Unión Europea. Los gobiernos de Austria, Chipre, Grecia, Italia, Hungría y Polonia han instado a un cambio de política y han realizado movimientos individuales con el objetivo de reestablecer lazos diplomáticos con el gobierno sirio¹³⁵. De todos ellos, Italia lidera los mayores esfuerzos en favor de la normalización de las relaciones. Sus gobiernos llevan años estableciendo contactos con el gobierno de Siria al margen de la posición colectiva europea¹³⁶. No obstante, el gesto más destacado fue la reapertura de la embajada italiana en Damasco en julio de 2024 anunciada por el gobierno de Giorgia Meloni. Tal decisión, que resquebrajaba todavía más la posición europea, respondía a tres grandes objetivos: (i) impulsar la repatriación de las personas desplazadas y refugiadas sirias al tiempo que satisfacía los sectores más conservadores y populistas del espectro político; (ii) la disminución del tráfico de narcóticos que pasaban por Italia; y (iii) aumentar los canales de comunicación con Damasco para posicionarse como potencial mediador europeo en la solución del conflicto sirio¹³⁷. Nótese, además, que tales propósitos coincidían parcialmente con los objetivos que los gobiernos árabes pretendían conseguir con el restablecimiento de las relaciones con el régimen de Bashar al Asad.

Asimismo, las fisuras en la posición europea se agrandan debido a que ciertos estados europeos han asumido la idea de que Siria es un “país seguro” para el retorno la población refugiada¹³⁸. Dinamarca pasó a designar algunas áreas bajo control gubernamental como zonas seguras para el retorno pocas semanas después de que el terremoto azotara Turquía y Siria¹³⁹. Los tribunales alemanes también se han sumado a esta tendencia al considerar que no hay un peligro general para los civiles derivado del conflicto armado sirio¹⁴⁰, a pesar de los informes

134 TÜR, Ö., “Challenges Ahead...”, *op. cit.*, p.3.

135 Estos estados se suman a otros que nunca cerraron su embajada en Damasco –como la República Checa– o bien rebajaron el nivel de sus contactos con el gobierno sirio –como Bulgaria–. LISTER, C., “Is the EU Starting to Wobble on Freezing Out Assad?”, *Foreign Policy*, 27 de octubre de 2022, disponible en <https://foreignpolicy.com/2022/10/27/eu-syria-policy-assad-migration/>. También, ASSENBURG, M., “Reconstruction in Syria...”, *op. cit.*, p.24-25.

136 Entre 2016 y 2019, hubo diversos contactos entre las autoridades italianas y representantes gubernamentales sirios. Por ejemplo, la reunión de Mohammad Dib Zeitoun, antiguo jefe de la Dirección General de Seguridad –entidad gubernamental acusada de perpetrar detenciones arbitrarias, torturas y desapariciones forzadas a gran escala– con autoridades italianas; o la visita a Roma en 2018 de Ali Mamlouk, ex jefe de la Oficina de Seguridad Nacional siria. Ambas personas en la lista de sanciones de la Unión Europea. Vid. HAID, H., “Why Italy is quietly boosting ties with al-Assad”, *Al Majalla*, 28 de julio de 2023, disponible en <https://en.majalla.com/node/296366/opinion/why-italy-quietly-boosting-ties-al-assad>.

137 Ibid.

138 CHEEMA, T.A.K., “International Accountability...”, *op. cit.*, pp.97-105.

139 BERNILD, M., “Syrian Refugees in Denmark at Risk of Forced Return”, *Human Rights Watch*, <https://www.hrw.org/news/2023/03/13/syrian-refugees-denmark-risk-forced-return>.

140 HOLLEIS, J., “Will EU’s normalization push with Syria help Bashar Assad?”, 27 de julio de 2024, disponible en <https://www.dw.com/en/will-eus-normalization-push-with-syria-help-bashar-assad/a-69773524>.

de organismos internacionales que alertan de los graves abusos de los derechos humanos que siguen cometiéndose en las zonas controladas por el régimen. Recientemente, el gobierno de los Países Bajos anunció sus planes de declarar como “zonas seguras” diversas partes de Siria¹⁴¹. La situación de seguridad, lejos de mejorar, ha empeorado a causa de la escalada bélica regional y los constantes bombardeos israelíes sobre objetivos iraníes o de sus aliados¹⁴².

En efecto, hay estados miembros de la Unión Europea que cuestionan abiertamente la política exterior europea hacia Siria. En julio de 2024, ocho estados miembros –Austria, Croacia, Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, Grecia, Italia y República Checa– enviaron una carta al Alto Representante en la cual instaban a las instituciones a revisar y evaluar la posición de la Unión Europea respecto de Siria¹⁴³. Los firmantes solicitaban una política hacia Siria más activa, más operativa y orientada a la obtención de resultados con el objetivo de aumentar el peso político de la Unión Europea y mejorar la efectividad del envío de ayuda humanitaria¹⁴⁴. Apostaban, también, por el restablecimiento de las relaciones diplomáticas europeas y la designación de una decena de “zonas seguras” en territorio bajo el control del gobierno sirio donde pudiera retornar la población refugiada¹⁴⁵. Estos estados aseveraban que la política respecto de Siria no había cumplido satisfactoriamente sus objetivos después de trece años de conflicto armado y que la Unión Europea no podía ignorar el hecho de que Asad permanecía en el poder mientras la oposición estaba fragmentada o en el exilio¹⁴⁶. Los ministros de asuntos exteriores de Italia y Austria, en una declaración conjunta, insistían en la urgente necesidad de replantear el enfoque sobre Siria, centrandlo el debate en torno a cómo generar las condiciones tanto para evitar la llegada de personas a Europa como para facilitar el regreso de los desplazados a Siria¹⁴⁷.

Sin embargo, aunque el diagnóstico pueda ser correcto, y la política exterior de la Unión Europea respecto de Siria no haya dado los frutos deseados –esencialmente desalojar a Bashar al Asad del gobierno y promover una transición política democrática–, los estados firmantes de la carta camuflan su interés en desembarazarse de la población refugiada bajo la asunción de que el triunfo del régimen transforma las áreas bajo su control en zonas seguras. De acuerdo con su punto de vista, la renovación de los lazos diplomáticos con el gobierno sirio traería

141 MIDDLE EAST MONITOR, “Hundreds of Syrians protest in Netherlands against decision to potentially rule parts of Syria as ‘safe’”, 28 de octubre de 2024, disponible en <https://www.middleeastmonitor.com/20241028-hundreds-of-syrians-protest-in-netherlands-against-decision-to-potentially-rule-parts-of-syria-as-safe/>.

142 JABER, H., “Italy’s Normalization with Assad’s Regime: Any Lessons from Arabs’ Experience?”, *Carnegie Endowment for International Peace*, 26 de septiembre de 2024, disponible en <https://carnegieendowment.org/sada/2024/09/italys-normalization-with-assads-regime-any-lessons-from-arabs-experience?lang=en>.

143 MIDDLE EAST MONITOR, “8 member states call on EU to ‘review and assess’ Syria policy”, 23 de julio de 2024, disponible en <https://www.middleeastmonitor.com/20240723-8-member-states-call-on-eu-to-review-and-assess-syria-policy/>.

144 Ibid.

145 HOLLEIS, J., “Will EU’s normalization...”, *op. cit.*

146 MIDDLE EAST MONITOR, “8 member states call on EU...”, *op. cit.*

147 Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale, “Italy and Austria: «Syria, Europe shall change its strategy» (Il Messaggero)”, 22 de julio de 2024, disponible en https://www.esteri.it/en/sala_stampa/archivionotizie/interviste/2024/07/italia-e-austria-siria-leuropa-cambi-strategia-il-messaggero/.

estabilidad al país y sería, por tanto, un paso más para facilitar el retorno seguro y voluntario de la población refugiada. Algunos autores, por el contrario, han sugerido que esa lectura de la situación es errónea, pues la normalización de las relaciones con el régimen de Bashar al Asad lo único que conseguirá es la consolidación de una dictadura sanguinaria y no solucionará la cuestión del retorno de los desplazados¹⁴⁸. En efecto, dada la experiencia árabe con la normalización del gobierno de Siria, no hay nada que sugiera que el restablecimiento de las relaciones diplomáticas impulse al régimen de Bashar al Asad a corregir su comportamiento¹⁴⁹.

En el fondo, la disensión entre las instituciones de la Unión Europea y los estados miembros refleja la necesidad de una revisión de la Estrategia para Siria sin que por ello queden invalidados sus objetivos estratégicos. En este sentido, hay al menos tres grandes posiciones al respecto. En primer lugar, la Unión Europea puede mantenerse firme en la imposición de medidas restrictivas y en la política de aislamiento hasta que el régimen cambie su actitud¹⁵⁰. Esta posición es la que, por el momento, se está adoptando. En el extremo opuesto se encuentra la postura que aboga por la normalización de las relaciones para dar mayor estabilidad, por la relajación de las sanciones y la participación de la Unión Europea en la reconstrucción del país sin ninguna contraprestación por parte del régimen de Asad. Esta posición sostiene que tal enfoque permitirá la creación de las condiciones favorables para el retorno rápido de las personas desplazadas. Este posicionamiento debe ser descartado, puesto que certificaría el fracaso de la política exterior hacia Siria durante una década y desacreditaría a la Unión Europea como actor relevante en la región¹⁵¹. También hay quien apuesta por una posición intermedia que combine algunos elementos de la estrategia seguida los últimos años –principalmente, el mantenimiento de las sanciones– con la presión indirecta sobre los gobiernos árabes a través de incentivos económicos y políticos para que resitúen el cambio político en Siria en su agenda¹⁵². De este modo, la Unión Europea se adaptaría a los acontecimientos y podría recuperar un rol relevante como actor en la búsqueda de una solución política al conflicto sirio. Con todo, el debate acerca del rumbo que debe tomar la política exterior europea en Siria dista mucho de estar resuelto.

V. CONSIDERACIONES FINALES

El proceso de normalización de las relaciones árabes con el gobierno de Asad culminó con el retorno de Siria a la Liga de Estados Árabes. El giro en la posición de los gobiernos respecto de su homólogo sirio se debió, principalmente, a los cambios en las dinámicas regionales y,

148 HODŽIĆ, R., “Normalising al-Assad’s regime is against Europe’s interests”, *Euronews*, 10 de septiembre de 2024, disponible en <https://www.euronews.com/2024/09/10/normalising-al-assads-regime-is-against-europes-interests>.

149 De hecho, los escasos cambios operados por el gobierno de Bashar al Asad, como la reducción del tráfico de narcóticos en la frontera con Jordania, se deben a su reposicionamiento regional como aliado incondicional de Irán en el conflicto con Israel, en un intento por acercarse al eje árabe de la moderación. THE SYRIAN OBSERVER, “Is Assad Realigning...”, *op. cit.*

150 HODŽIĆ, R., “Normalising al-Assad’s regime...”, *op. cit.*

151 TÜR, Ö., “Challenges Ahead...”, *op. cit.*, p.7.

152 Ibid. También, JABER, H., “Italy’s Normalization with Assad’s Regime...”, *op. cit.*

sobre todo, a las agendas internas de esos estados, afectados por las consecuencias desestabilizadoras derivadas de la guerra. Fue, sin duda, una opción pragmática orientada a atraer a Bashar al Asad a negociar y a solucionar los problemas que trece años de conflicto armado habían exportado a toda la región.

Sin embargo, un año después, hay dudas sobre los progresos cosechados con la restauración de las relaciones¹⁵³. La declaración de Bahrein, aprobada tras la trigésimo tercera cumbre de la Liga Árabe, celebrada en mayo de 2024, insistía en la necesidad de poner fin a la crisis siria y de implementar la Declaración de Amán¹⁵⁴. También se hacían referencias a la cuestión del retorno seguro y voluntario de la población refugiada¹⁵⁵. No obstante, el foco de atención se había desplazado hacia la situación en la Franja de Gaza¹⁵⁶.

La diplomacia árabe del “pasito a pasito” no ha funcionado. La influencia de Irán y la presencia de sus fuerzas en territorio sirio no ha disminuido, como tampoco se han reducido la producción y el tráfico de drogas, ni las violaciones de los derechos humanos de las personas desplazadas que han regresado a Siria¹⁵⁷. Es más, con la normalización de Bashar al Asad se ha lanzado un peligroso mensaje de impunidad según el cual las graves violaciones de los derechos humanos, así como la comisión masiva de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, pueden ser olvidados si el autócrata sobrevive lo suficiente (o se convierte en un mal menor).

En este sentido, la normalización del gobierno sirio por parte de la Unión Europea supondría no solo un fracaso político, sino también un desastre moral¹⁵⁸. La Unión Europea, no obstante, puede extraer valiosas lecciones de los cambios operados en la región para reorientar su política exterior.

La Estrategia para Siria de 2017 ha quedado obsoleta y debería ser replanteada y actualizada a la luz de los acontecimientos. Bashar al Asad ha sobrevivido a la guerra y los estados árabes han procedido a normalizar sus relaciones con el gobierno sirio. Ante estos hechos, no es razonable mantener una política exterior europea sin modificaciones. Los objetivos estratégicos siguen siendo válidos, pero exigen una reconfiguración. La transición política total, basada en la Resolución 2254 (2015), con un papel reforzado de la oposición moderada tal y como prevé la Estrategia para Siria no parece viable cuando tales grupos están fragmentados y el proceso de paz auspiciado por las Naciones Unidas lleva tiempo estancado. Ocurre lo mismo con la política de aislamiento internacional, que, sin duda, será difícil de sostener, no solo porque los actores regionales clave están normalizando relaciones, sino también porque en el interior de la Unión Europea se está esparciendo la disensión sobre la conveniencia de esta posición. Por su parte, la política de medidas restrictivas practicada por la Unión Europea desde el inicio del

153 TABLER, A.J., “A Year of Arab Engagement...”, *op. cit.*

154 BAHREIN NEWS AGENCY, “Bahrain Declaration of 33rd Arab Summit issued”, 17 de mayo de 2024, pár.6, disponible en <https://www.bna.bh/en/BahrainDeclarationof33rdArabSummitissued.aspx?cms=q-8FmFJgiscL2fwIzON1%2BDkDWpuy78XecE7hmfWw%2FYSI%3D>.

155 Ibid.

156 Ibid.

157 JABER, H., “Italy’s Normalization...”, *op. cit.*

158 HODŽIĆ, R., “Normalising al-Assad’s regime...”, *op. cit.*

conflicto sirve como un potente instrumento disuasorio, y, junto con las sanciones estadounidenses, ha dañado la economía siria, pero no ha cumplido con su objetivo de desalojar al gobierno de Asad del poder. La nueva Estrategia para Siria debe tener en cuenta estas realidades.

Asimismo, la Unión Europea debería reforzar sus mecanismos de presión. Podría condicionar el envío de recursos económicos a los gobiernos árabes a que devuelvan a sus agendas la solución política negociada de la crisis siria. Y, en paralelo, seguir promoviendo e impulsando los procesos de rendición de cuentas por los graves crímenes internacionales cometidos. En otras palabras, la Unión Europea debe recomponer su Estrategia para Siria de manera que se adapte al nuevo escenario internacional y redefina, en función de este último, su rol para poder influir en la solución de una tragedia que ya dura demasiados años.

UE Y OTAN: PROVEEDORAS DE SEGURIDAD DESTINADAS A COOPERAR

EU AND NATO: SECURITY PROVIDERS DESTINED TO COOPERATE

ANA SÁNCHEZ-COBALEDA^{1*}

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EVOLUCIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA RELACIÓN. III. PRINCIPALES ÁMBITOS DE COOPERACIÓN. IV. PRINCIPALES OBSTÁCULOS A LA COOPERACIÓN. V. POSIBLES FACTORES DETERMINANTES EN LA EVOLUCIÓN DE LA COOPERACIÓN. VI. CONSIDERACIONES FINALES.

RESUMEN: Este artículo analiza en profundidad la relación estratégica entre la Unión Europea (UE) y la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) en el contexto de la seguridad internacional. Se explora cómo ha evolucionado esta relación a lo largo del tiempo y cómo funciona en la actualidad. El artículo destaca los principales ámbitos en los que ambas organizaciones colaboran y los principales mecanismos de los que se sirven, tanto formales como informales. Asimismo, se identifican los obstáculos que dificultan una cooperación más estrecha, incluyendo diferencias políticas y limitaciones presupuestarias. También se examinan posibles factores que podrían determinar la evolución futura de esta relación, como cambios en el liderazgo político y en el panorama geopolítico global. Finalmente, se subraya la importancia de fortalecer la cooperación entre la UE y la OTAN para afrontar de manera efectiva los desafíos de seguridad global. Este análisis proporciona una visión aérea de la dinámica entre ambas organizaciones y su papel crucial en la arquitectura de seguridad internacional.

ABSTRACT: *This article takes an in-depth look at the strategic relationship between the European Union (EU) and the North Atlantic Treaty Organisation (NATO) in the context of international security. It explores how this relationship has evolved over time and how it functions today. The article highlights the main areas in which the two organisations work together and the main mechanisms, both formal and informal. It also identifies obstacles to closer cooperation, including political differences and budgetary constraints. It also examines possible factors that could determine the future evolution of this relationship, such as changes in political leadership and in the global geopolitical landscape. Finally, it underlines the importance of strengthening EU-NATO cooperation to effectively address global security challenges. This analysis provides a bird's eye view of the dynamics between the two organisations and their crucial role in the international security architecture.*

PALABRAS CLAVE: Unión Europea, Organización del Tratado del Atlántico Norte, Política Exterior y de Seguridad Común, seguridad y defensa, cooperación internacional

KEYWORDS: *European Union, NATO, Common Foreign and Security Policy, security and defense, international cooperation*

I. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente, los papeles institucionales asignados a la OTAN y a la UE eran relativamente inequívocos tanto para los estadounidenses, que veían en la OTAN al único garante

Fecha de recepción del trabajo: 5 de septiembre de 2024. Fecha de aceptación de la versión final: 28 de octubre de 2024.

* Profesora lectora, Departamento de Derecho Penal y Criminología y Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universitat de Barcelona, sanchezcobaleda@ub.edu

de la seguridad y la defensa colectiva del Atlántico Norte y consideraban a la UE en términos principalmente económicos, como para los europeos, que dependían de la OTAN para su defensa y reservaban a la UE aspiraciones muy limitadas en el campo de la seguridad¹. Sin embargo, una creciente ambigüedad, resultado de factores internos y externos de cada organización y del cambiante entorno internacional, parece estar difuminando las funciones de gobernanza de la seguridad de estos dos actores a la vez que afecta a su interacción mutua. En los últimos 15 años, la mera coexistencia de ambas organizaciones proveedoras de seguridad –cada una a su manera– se ha ido convirtiendo en cooperación, llegando ésta a una institucionalización ni siquiera prevista explícitamente en los tratados constitutivos de la UE.

El presente artículo repasa la evolución de la relación entre la OTAN y la UE a lo largo de más de 20 años para explicar el punto en el que se encuentra esta cooperación en la actualidad. Si bien en el actual contexto europeo la guerra de Ucrania pone de manifiesto la necesidad de que esta colaboración continúe –y así parecen haberlo asumido ambas instituciones–, la cooperación entre ambas no está libre de limitaciones y retos. Así, tras un primer apartado donde se presenta la evolución y los mecanismos que permiten el funcionamiento de esta relación, el segundo y el tercer apartado estudian, respectivamente, los principales ámbitos de trabajo y elementos facilitadores de cooperación, así como los obstáculos más relevantes a la hora de colaborar. Finalmente, antes de concluir, se identifican diversos factores que pueden ser determinantes en la evolución de la cooperación entre la OTAN y la UE en el contexto de la llamada “great power competition”.

II. EVOLUCIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA RELACIÓN

Hablar de la relación entre la UE y la OTAN implica, en primer lugar, abordar la participación en cada una de ellas, ya que los Estados que forman parte de estas dos organizaciones coinciden en gran medida, creando un grado relativamente alto de superposición geográfica. El aumento de miembros coincidentes, especialmente después de las expansiones al este tanto de la OTAN como de la UE, ha sido un motor para una mayor interacción, pero también ha sido la causa de varios problemas entre organizaciones.

La OTAN, que tiene actualmente un total de 32 estados miembros desde las recientes incorporaciones de Finlandia y Suecia, y la UE, que tiene 27, comparten 23 estados miembros, excluyendo tres estados neutrales de la UE –Austria, Irlanda y Malta–, así como Chipre, y ocho aliados de la OTAN, seis de los cuales están en Europa –Albania, Islandia, Macedonia del Norte, Noruega, Reino Unido y Turquía–, y dos en América, –Canadá y Estados Unidos– (imagen 1).

1 SPERLING, J., “The European Union and NATO: Subordinate Partner, Cooperative Pillar, Competing Pole?”, en Blavoukos, S. y Bourantanis, D. (eds.), *The EU Presence in International Organizations*, Routledge, Londres, 2011, pp. 33–60, p. 33.

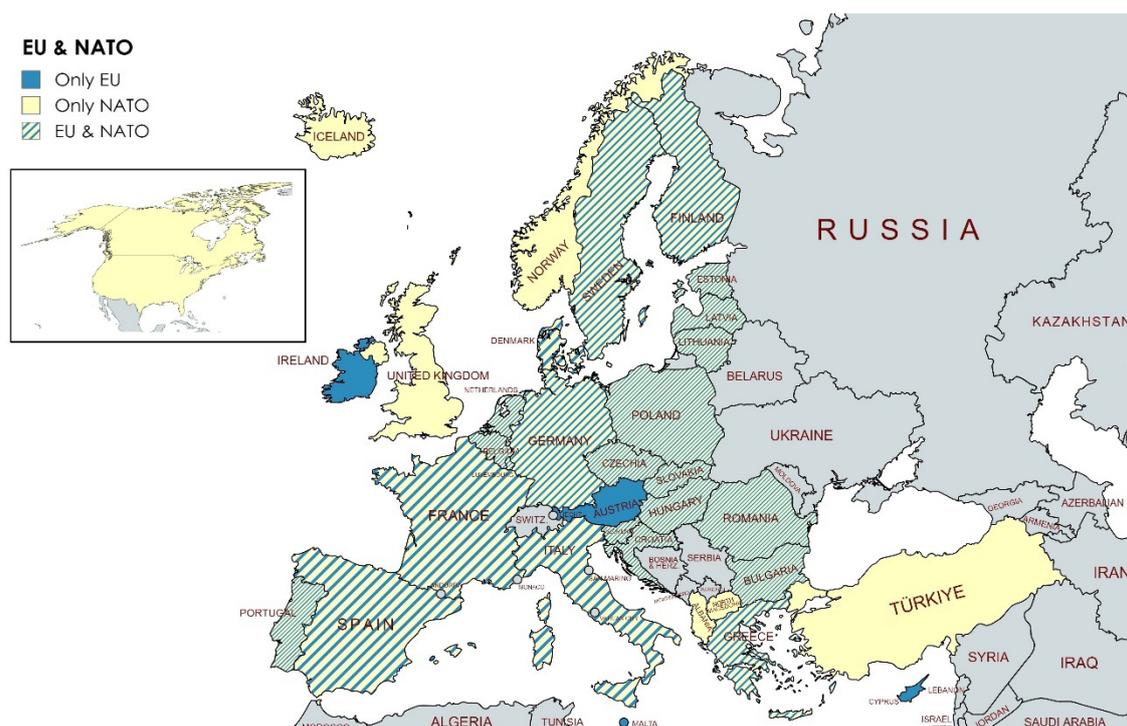


Imagen 1. Estados miembros en la UE y la OTAN, octubre 2024. Fuente: elaboración propia.

De hecho, ha habido épocas en las que la coincidencia de miembros era casi total, como ocurrió hasta 1995, cuando todos los Estados que se habían ido adhiriendo a la UE eran también aliados en la OTAN (salvo Irlanda, que accedió a la UE en 1973)². Dada esta elevada coincidencia de miembros, los valores comunes y el interés por mantener la paz y la seguridad, cada una a su manera, como se verá más adelante, comportaron que la cooperación entre ambas surgiera como una posibilidad casi inevitable pero que su establecimiento fuera dificultoso debido a la difusa y compleja gobernanza de la seguridad en Europa en los 90³.

La evolución de la relación entre la OTAN y la UE a lo largo de más de 20 años se explica en tanto que empezó como heredera de la relación entre la OTAN y la Unión Europea Occidental (UEO), fue aumentando y formalizándose a partir de 1999 mediante reuniones conjuntas, declaraciones y acuerdos, y, tras un periodo de estancamiento, en la última década la relación está viviendo un periodo de renovado dinamismo.

2 Durante 46 años, desde la creación de la OTAN en 1949 hasta 1995 –fecha de la cuarta ampliación de la UE en la que accedieron Austria, Finlandia y Suecia–, todos los Estados miembros que fueron accediendo a la UE, salvo Irlanda, fueron miembros en ambas organizaciones.

3 HOFMANN, S. C., “Overlapping institutions in the real of international security: The Case of NATO and ESDP”, *Perspectives on Politics*, Vol. 7, Issue 1, 2009, pp. 45-52, p. 50.

1. Antecedentes y establecimiento de los mecanismos de cooperación

La relación entre ambas organizaciones se ha ido perfilando con bastante lentitud a lo largo de más de dos décadas. En un origen, la cooperación se producía entre la OTAN y la UEO, una organización multiorgánica y alianza militar creada por el Tratado de Bruselas de 1948 por los gobiernos de la Unión Occidental⁴, y modificada y ampliada por el Acuerdo de París de 1954, con la entrada de Italia y Alemania Occidental⁵. Durante las negociaciones del Tratado de Maastricht, se estuvo considerando la inclusión de la UEO en el llamado segundo pilar, lo que habría supuesto un fortalecimiento de las capacidades militares de la que a partir de entonces fue la Unión Europea. Sin embargo, y a pesar de que Francia y Alemania habían sugerido tal integración, el Reino Unido, miembro de la UE desde 1973, vetó tal posibilidad para “no poner en peligro la solidaridad transatlántica”⁶, tal y como habían advertido previamente los EE.UU., aliado principal en el marco de la OTAN, a través del Bartholomew Memorandum⁷.

Como muestra de la voluntad de EE.UU. de aceptar un mayor papel de la UE en materia de seguridad, siempre y cuando no implicara su completa autonomía, los ministros de Asuntos Exteriores de la OTAN acordaron en 1996 crear en su seno la Identidad Europea de Seguridad y Defensa (IESD). Por su parte, los aliados europeos también aceptaron asumir una mayor responsabilidad en la gestión de la seguridad. El objetivo de la IESD era reequilibrar las funciones y responsabilidades entre Europa y Norteamérica mejorando las capacidades europeas y poniendo los activos de la Alianza a disposición de las operaciones de gestión de crisis dirigidas por la UEO⁸. Finalmente, el Tratado de Maastricht acabó refiriéndose en 1993 a la UEO como “parte integrante del desarrollo de la Unión [Europea]”⁹, lo que venía a sugerir que una IESD fuerte en la que la UEO desempeñara un papel importante “elevaría el papel de

4 Bélgica, Francia, Luxemburgo, Países Bajos y Reino Unido. En 1990 se unieron España y Portugal y en 1995, Grecia.

5 KERNIC, F., “European Security in Transition: The European Security Architecture since the End of the Second World War – an Overview”, en HAUSER, G. y KERNIC, F. (eds.), *European security in transition*, Ashgate Publishing, New York, 2006, pp. 5-21, p. 9. La UEO se basaba en un compromiso vinculante de defensa mutua en caso de ataque armado en Europa (Artículo V) y, aunque estaba vinculada a la OTAN, su propio tratado también reconocía explícitamente la “inconveniencia de duplicar los estados mayores de la OTAN”.

6 HOFMANN, S.C., “Why institutional overlap matters: CSDP in the European Security Architecture”, *Journal of Common Market Studies*, 49(1), 2011, pp.101-120, p. 106.

7 En febrero de 1991, EE.UU. envió a sus aliados europeos lo que se conoce como el Memorandum Bartholomew, en el que les advertía de su descontento ante un posible reforzamiento excesivo de las capacidades militares de la Comunidad Europea. Así, el Memorandum afirmaba que “while we understand that the logic behind political integration leads to a union that ultimately encompasses security affairs, we believe that the primary yardstick against which proposals and institutional innovations need to be measured is whether they actually enhance the Alliance defensive capabilities and make Europe more secure...” (...) “Subordinating the WEU to the European Community would accentuate the separation and independence of the European pillar from the Alliance, weaken the integrity of our common transatlantic security and defense which... remain crucial”, tal y como aparece citado por SALMON, T.C. y SHEPERD, A. J. K. *Toward a European Army: a military power in the making?*, 1ª ed., Lynne Rienner Publishers, Boulder, 2003, p. 152.

8 YOST, D. S., *NATO and International Organizations*, NATO Defense College, Rome, 2007, p.73.

9 Tratado de la Unión Europea, *Official Journal of the European Union* 191, 29.7.1992, 1992, 1–112 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:11992M/TXT&from=EN>>, art. J.4.2.

la UE”¹⁰. Sin embargo, la UEO, creada en 1949 y disuelta en 2011, conocida informalmente como la “bella durmiente” por su letárgica existencia¹¹, nunca lideró la provisión de seguridad en el marco de la UE¹².

Así, en 1996, la OTAN y la UEO concluyeron en Berlín un acuerdo que perseguía un doble objetivo: permitir a los países europeos desplegar misiones militares allí donde la Alianza no tenía ningún interés particular y reducir la carga financiera de EE.UU. en la OTAN¹³. La UE asumió las funciones de gestión de crisis de la UEO en 1999¹⁴, después de que el Consejo Europeo decidiera en Colonia conceder a la UE los medios y capacidades necesarios para asumir sus responsabilidades en el ámbito de la Política Europea de Seguridad y Defensa (PESD). Fue entonces cuando empezó a formarse entre la UE y la OTAN la relación directa entre organizaciones que hoy conocemos. La Cumbre de la OTAN celebrada en Washington en 1999 y el Consejo Europeo de Niza del año 2000¹⁵ sentaron las bases de esta cooperación. De este modo, a principios de 2001 se intercambiaron cartas entre el Secretario General de la OTAN (en adelante, SG de la OTAN) y la Presidencia del Consejo de la UE sobre las modalidades de consulta y los posibles ámbitos de cooperación.

La primera reunión OTAN-UE a nivel de ministros de asuntos exteriores tuvo lugar en Budapest en 2001, iniciando así los mecanismos formales que han sobrevivido hasta la fecha. La asociación estratégica se formalizó en 2002 mediante la Declaración UE-OTAN sobre la PESD¹⁶, que allanó el camino para la conclusión de los Acuerdos Berlín Plus menos de un año después (principios de 2003). Este marco de cooperación para la gestión de crisis –cuyas cláusulas son confidenciales y cuyas raíces se encuentran en el mencionado acuerdo de 1996 en la capital alemana– incluía el intercambio de información, el acceso a las capacidades de planificación de la OTAN para la gestión de crisis dirigida por la UE, así como el acceso a los medios y capacidades de la OTAN para las operaciones cívico-militares lideradas por la UE (PESD), evitando riesgos de duplicación y solapamiento entre ambas organizaciones.

10 WEBBER et al., “The governance of European security”, *Review of International Studies*, Vol. 30, Issue 1, 2004, pp. 3-26, p. 15.

11 No celebró ni una sola reunión entre 1973 y 1984.

12 BAQUÉS QUESADA, J., “Análisis de tendencias geopolíticas a escala global”, *Programa de “Trabajo de Futuros”*, Documento de Investigación Instituto Español de Estudios Estratégicos, 18/2017, 2017, p. 35.

13 SOLANA, J. et al, *On the Way towards a European Defence Union – A White Book as a First Step*, ed. by Policy Department of the Directorate-General for External Relations (European Parliament, 2016), p. 44 <<https://doi.org/10.2861/058460>>.

14 Álvarez-Verdugo, M., “La Relación de Consulta y Cooperación Entre La Unión Europea y La OTAN”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 12, 2002, pp. 471–478, p. 472.

15 Si bien en el Tratado de Maastricht se reflejaba la ambición de la UE de desarrollar una política de defensa que pudiera conducir a una defensa común, ello alcanzó una nueva dimensión en Niza, donde se permitió la creación de estructuras político-militares que debían compaginarse con la OTAN a través de complejos acuerdos.

16 Esta Declaración incluía varios principios políticos que han sido una constante en los posteriores documentos y Declaraciones Conjuntas adoptadas: consulta mutua efectiva, igualdad y respeto a la autonomía de decisión de ambas organizaciones, respeto a los intereses de sus Estados miembros, etc. NATO and the EU, *EU-NATO Declaration on ESDP, 16-Dec., 2002*, 2002 <www.nato.int/cps/en/natolive/official_texts_19544.htm>.

2. Periodo de lenta evolución y estancamiento

Uno de los puntos clave del marco Berlín Plus era el Acuerdo de Seguridad, que contempla el intercambio de información clasificada entre ambas organizaciones bajo normas recíprocas de protección de la seguridad. Sin embargo, este acuerdo se volvió inservible tras la ampliación del número de miembros de ambas organizaciones en 2004: después de esto, las diferencias geopolíticas y los problemas de confianza entre Turquía (aliado de la OTAN) y Chipre (Estado miembro de la UE), entraron en escena, dando origen al llamado “problema de participación”. Según este marco de cooperación, la Alianza puede recibir toda la información clasificada de la UE. Pero cuando es al revés, a la información clasificada enviada por la OTAN sólo pueden acceder los miembros de la UE que, o bien tienen un Acuerdo de Seguridad con la OTAN o bien son miembros del programa Asociación para la Paz (APP)¹⁷, es decir, todos los Estados miembros de la UE excepto Chipre. Aunque la UE interpretó que las restricciones de la OTAN a la hora de compartir información clasificada¹⁸ se aplicaban exclusivamente a la información en el marco de Berlín Plus, la OTAN entiende que tiene derecho a no compartir información clasificada con Estados miembros de la UE no pertenecientes a la OTAN (o a la APP)¹⁹ tanto en el contexto de Berlín Plus, como en asuntos relacionados con la cooperación estratégica²⁰. Esta interpretación, apoyada enfáticamente por Turquía, ha ampliado los límites para incluir cualquier asunto de cooperación estratégica, con lo que el acuerdo para compartir información queda anulado de hecho.

De ahí que, dado que la UE exige reciprocidad e inclusividad, la hasta entonces fluida cooperación se estancara a nivel formal y provocara que los mecanismos informales de cooperación empezaran a cobrar relevancia²¹. Ya en 2005 empezaron a celebrarse cenas ministeriales transatlánticas informales entre la UE y la OTAN, principalmente en Nueva York y Bruselas, puesto que para entonces había 19 Estados miembros comunes y un interés compartido en resolver las crisis y los conflictos armados en Europa y el mundo. El éxito de la utilización de redes informales como los llamados “almuerzos y cenas transatlánticas” se debió a los valores comunes derivados de la gran coincidencia de miembros, así como al entendimiento compartido de que las amenazas a las que se enfrentaban ambas organizaciones eran similares y necesitaban una cooperación civil-militar-pública global²². El carácter flexible de estas reuniones también ayudó, ya que no se levantaron actas o comunicados ni se hicieron públicas las decisiones²³.

17 La Asociación Para la Paz (APP) es un marco lanzado en 1994 por la OTAN para aumentar la estabilidad y construir relaciones de seguridad entre la OTAN y los Estados no miembros de la región euroatlántica. Se trata de una relación bilateral de cooperación con los socios. Más información en: www.nato.int/cps/en/natohq/topics_50349.htm

18 Establecidas en la *EU-NATO Declaration on ESDP*, 16-Dec., 2002.

19 *Ibid.*

20 DUKE, S., “The Future of EU–NATO Relations: A Case of Mutual Irrelevance Through Competition?”, *Journal of European Integration*, 30.1, 2008, pp. 27–43, pp. 38–39.

21 TARDY, T., “CSDP in Action: What Contribution to International Security?”, *Chaillot Papers*, cxxxiv EU Institute for Security Studies, París, 2015, p. 30; HOFMANN, S. C. y REYNOLDS, C., “EU-NATO Relations: Time to Thaw the ‘Frozen Conflict’”, *SWP Comments*, nº 12, 2007, pp. 1–9.

22 GEBHARD, C. y SMITH, S. J., “The Two Faces of EU-NATO Cooperation: Counter-Piracy Operations off the Somali Coast”, *Cooperation and Conflict*, 50.1, 2015, pp. 107–127, p. 120.

23 HOFMANN, S. C., “Overlapping (...)”, *op. cit.*, p. 47; GRAEGER, N., “Grasping the Everyday and Extraordinary in EU-NATO Relations: The Added Value of Practice Approaches”, *European Security*, 26.3,

Aunque la cooperación en el marco del Acuerdo de Seguridad resultó estéril, se crearon otros mecanismos formales para facilitar la comunicación institucionalizada. En la Declaración UE-OTAN de diciembre de 2002, ambas organizaciones habían reconocido la necesidad de garantizar acuerdos que pudieran “reinforce development of capability requirements common to the two organisations”²⁴. Por eso en 2003 se creó un Grupo de Capacidades UE-OTAN (*EU-NATO Capability Group*) para mejorar las capacidades de la OTAN (mediante el Compromiso de Capacidades de Praga o PCC, por las siglas en inglés de *Prague Capabilities Commitment*) y las de la UE (mediante el Plan de Acción Europeo sobre Capacidades o ECAP, por *European Capabilities Action Plan*)²⁵. Desde entonces, el Grupo de Capacidades UE-OTAN ha abordado las carencias comunes de capacidades garantizando al mismo tiempo la coherencia y el refuerzo mutuo de los esfuerzos de desarrollo de capacidades en ambas organizaciones. A las reuniones de este Grupo han asistido representantes del Consejo de la UE y de la Comisión Europea, pero sus interacciones han sido “de calidad desigual”²⁶.

A partir del Acuerdo sobre *Military Permanent Liaison Arrangements* firmado en octubre de 2005, en noviembre se creó un Equipo de Enlace Permanente (*Permanent Liaison Team*) de la OTAN en el Estado Mayor de la UE y en 2006 se estableció una célula de la UE en el Cuartel General Supremo de las Potencias Aliadas en Europa (SHAPE)²⁷. Este estrecho contacto ha ido permitiendo a su vez reforzar la cooperación informal a diversos niveles, desde los oficiales sobre el terreno hasta los individuos que ocupan altos cargos²⁸.

3. Revitalización y dinamismo recientes

La implicación mutua y el compromiso de cooperación al más alto nivel político cristalizaron con mayor claridad en 2016, un año crucial para la relación entre la OTAN y la UE. Las intenciones reflejadas en la Estrategia Global para la Política Exterior y de Seguridad de la UE (en adelante, Estrategia Global de la UE) de acercarse a la OTAN tuvieron su reflejo en la mejora de la relación entre el SG de la OTAN, Jens Stoltenberg, y la Alta Representante de la UE para Asuntos Exteriores y de Seguridad de ese momento, Federica Mogherini, y acabaron materializándose en la Declaración Conjunta de 2016 y las posteriores Declaraciones Conjuntas de 2018 y 2023, cuyo contenido se analiza a en la siguiente sección (III). Desde la adopción de las dos primeras Declaraciones Conjuntas, que representan el hito más relevante de esta cooperación interorganizacional en la última década, es habitual que el Alto Representante asista a las reuniones del Consejo del Atlántico Norte de la OTAN y que el SG de la OTAN esté presente en las reuniones del Consejo de Asuntos Exteriores de

2017, pp. 340–358, pp. 342–356.

24 NATO and the EU, *EU-NATO Declaration on ESDP*, *op. cit.*, 16 de diciembre 2002.

25 CORNISH, P., “EU and NATO: Cooperation or Competition?”, *Briefing Paper*, Directorate General of External Policies, European Parliament, Bruselas, 2006, pp. 16–19.

26 YOST, D. S., *op. cit.*, pp. 108–109.

27 SHAPE o *Supreme Headquarters Allied Powers in Europe*, es el mando estratégico de operaciones de la OTAN) tiene su sede en Mons (Bélgica).

28 CLADI, L. y LOCATELLI, A., “Keep Calm and Carry On (Differently): NATO and CSDP after Brexit”, *Global Policy*, 11.1, 2020, pp. 5–14, p. 7; HOFMANN, S. C. y REYNOLDS, C., p. 6.

la UE así como del Consejo Europeo²⁹. Como declaró Jens Stoltenberg en Berlín en agosto de 2020: “Creo que el hecho de que el SG de la OTAN asista a la reunión ministerial de Defensa de la UE demuestra la estrecha cooperación entre la OTAN y la UE”³⁰.

Mientras las cuestiones políticas se debaten a nivel de Embajadores –los órganos políticos de mayor rango son el Consejo del Atlántico Norte y el Comité Político y de Seguridad (CPS)–, también existe el diálogo militar, en el que los dos órganos de mayor rango que interactúan son el Estado Mayor Internacional de la OTAN (IMS en inglés) y el Estado Mayor de la UE (EMUE). Desde 2013, el Director General del IMS de la OTAN y el Director General del EMUE celebran la Conferencia de los DG dos veces al año, turnándose para su organización. De hecho, el contacto entre los ejércitos es más automático porque el representante militar en la OTAN es para la mayoría de los Estados miembros de la UE el mismo que el representante militar en la UE (es decir, lleva lo que se conoce como “doble sombrero” o “*double hat*”).

No obstante, vemos cómo el diálogo ha aumentado de este modo desde el nivel del SG y el Alto Representante, descendiendo hacia niveles jerárquicamente inferiores, incluyendo el nivel de Embajadores, lo que permite a los Comisarios Europeos informar al Consejo del Atlántico Norte y llegar al nivel del personal (*staff-to-staff level*). En lo que respecta a los mecanismos informales, hay Estados como el Reino Unido, por ejemplo, a los que se les da especialmente bien iniciar reuniones informales en torno a cumbres y momentos burocráticos relevantes³¹. Estos países han invitado a los Estados miembros de la UE y la OTAN a debatir cuestiones específicas como la proliferación de armas de destrucción masiva, la situación en Kosovo o la crisis de Darfur. Las reuniones informales que ofrecen un espacio para intentar coordinar los esfuerzos y las reuniones de “otros asuntos” (AOB-*Any Other Business*) han ayudado a suavizar la relación y a alcanzar acuerdos a través del consenso³².

Los funcionarios pueden ahora hablar directamente con sus homólogos de la otra organización, a veces pasando de una organización a otra o incluso siendo “contratados doblemente” (“*double-hatted*”)³³. Este éxito, que ahora es cotidiano, facilita la construcción de puentes incluso a nivel personal, en tanto que el factor humano y la personalidad de cada uno juegan un rol fundamental. De hecho, a nivel táctico y operativo, la cooperación informal es cada vez más frecuente³⁴. Asistir a reuniones informativas cruzadas o poder organizar fácilmente encuentros simplifica claramente el trabajo de los agentes y fomenta la comprensión recíproca del otro proveedor de seguridad, aunque nunca se comparta información estratégica debido al mencionado “problema de la participación”. Este “enfoque práctico” permite una compren-

29 NATO and EU Councils, *Ninth Progress Report stresses the importance of ever closer cooperation at a key juncture for Euro-Atlantic security*, 3 de junio 2024. <<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10471-2024-INIT/en/pdf>>

30 Stoltenberg, J. “Doorstep Statement by NATO Secretary General Jens Stoltenberg Ahead of the Informal Meeting with EU Defence Ministers, 26th August 2020”, *NATO Press Point*, 2020 <www.nato.int/cps/en/natohq/opinions_177561.htm>

31 HOFMANN, S. C. y REYNOLDS, C., *op. cit.*, p. 6.

32 SMITH, S. J., “EU-NATO Cooperation: A Case of Institutional Fatigue?”, *European Security*, 20.2, 2011, pp. 243–64, p. 251.

33 GEBHARD, C. y SMITH, S. J., *op. cit.*, p. 120.

34 GRAEGER, N., p. 341.

sión socialmente construida de la dialéctica de la cooperación, que refleja lo que Granovetter denominó “la fuerza de los lazos débiles”³⁵.

Asimismo, el reconocimiento de la dirección y acciones tomadas por la otra organización se ha plasmado recientemente, al avalar mutuamente la adopción de la Brújula Estratégica de la UE³⁶ y del nuevo Concepto Estratégico de la OTAN, adoptado en la cumbre de Madrid en el 2022³⁷. Así, ambas instituciones han reconocido respectivamente de manera formal la gran convergencia que mantienen en materia de estrategia y seguridad³⁸.

Sin duda, un concepto clave para entender la relación OTAN-UE es el de “compatibilidad”. Como explica el profesor F. Aldecoa, “a través de esta noción, que implica que no hay jerarquía ni subordinación entre ambas organizaciones hoy, sin embargo, se entiende que la Unión Europea es complementaria a la Alianza Atlántica en materia de seguridad y defensa, pero en el futuro puede ser diferente”³⁹.

En el contexto de la actual Guerra de Ucrania, ambas organizaciones han recibido amplia atención en tanto que proveedoras de seguridad en Europa. Tras la agresión por parte de Rusia en febrero del 2022, tanto la UE como la OTAN condenaron enérgicamente la invasión al tildarla de no provocada, injusta, ilegal y brutal. En la tercera Declaración Conjunta, que tiene por objeto reforzar y ampliar su asociación estratégica, ambas organizaciones respaldaron conjuntamente la soberanía de Ucrania, su integridad territorial y el derecho a defenderse, reiterando su apoyo inquebrantable al país⁴⁰. Este texto, adoptado en enero de 2023, no es sino la continuación de las bases sentadas en las Declaraciones Conjuntas previas de 2016 y 2018. Además de referirse a la guerra ruso-ucraniana como la “amenaza más grave para la seguridad Euro-Atlántica en décadas”, los representantes de la OTAN y la UE abordaron también la –cada vez más relevante– competencia geoestratégica, mencionando concretamente “la creciente asertividad y las políticas de China”, la protección de infraestructuras críticas, el control de tecnologías emergentes y disruptivas y otros temas específicos que pueden afectar la llamada “resiliencia” de los Estados, como la injerencia extranjera, el espacio ultraterrestre, la manipulación de la información o el impacto del cambio climático en la seguridad. Todos estos temas son en los que ambas OOII están centrando su cooperación actualmente, tal y

35 Más sobre este concepto en Granovetter, M. S., “The Strength of Weak Ties”, *The American Journal of Sociology*, LXXVIII, 1973, pp. 1360–1380.

36 EU, *A Strategic Compass for Security and Defence*, Bruselas, 2022.

<www.eeas.europa.eu/sites/default/files/documents/strategic_compass_en3_web.pdf>

37 NATO, *The 2022 Strategic Concept*, 2022, Madrid <www.nato.int/strategic-concept/>

38 NATO and the EU, *Joint Declaration on EU-NATO Cooperation by the President of the European Council, the President of the European Commission, and the Secretary General of the North Atlantic Treaty Organization*, Bruselas, 2023 <www.nato.int/nato_static_fl2014/assets/pdf/2023/1/pdf/230110-eu-nato-joint-declaration.pdf>

39 ALDECOA LUZÁRRAGA, F. “La Cooperación Estructurada Permanente: haciendo creíble la Alianza Defensiva de la Unión Europea, sin perder la condición de potencia normativa y diplomática”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. 34, 2018, pp. 1003-1020, p. 1017.

40 NATO and the EU, *Joint Declaration on EU-NATO Cooperation by the President of the European Council, the President of the European Commission, and the Secretary General of the North Atlantic Treaty Organization*, Bruselas, 2023, párr. 3 <www.nato.int/nato_static_fl2014/assets/pdf/2023/1/pdf/230110-eu-nato-joint-declaration.pdf>

como demuestra el Noveno Informe de situación relativo a la aplicación del conjunto común de propuestas de la UE y la OTAN⁴¹.

III. PRINCIPALES ÁMBITOS DE COOPERACIÓN

A lo largo del 2024 se han acabado de formalizar las adhesiones de Finlandia y Suecia a la OTAN, culminando así el proceso de incorporación iniciado por ambos países escandinavos tras la invasión de Ucrania por Rusia y llegando a 23 el número de Estados miembros de la OTAN y la UE. De esta elevada coincidencia de miembros dimanaban valores, amenazas y ciertos retos comunes, ante lo cual se identifican las competencias en las que destaca cada organización. Tanto la OTAN como la UE buscan mantener la paz y la seguridad en sus estados miembros. Sin embargo, la forma en que trabajan para lograrlo es diferente. Mientras la OTAN, como alianza defensiva basada en el art. 51 de la Carta de Naciones Unidas, se ha centrado tradicionalmente en la defensa territorial directa de la región establecida por el Tratado del Atlántico Norte (art. VI TAN), la UE ha perseguido mantener la paz y seguridad de forma más indirecta, llevando a cabo misiones más allá de sus fronteras para garantizar la estabilidad en su vecindad⁴², y dejando en manos de la OTAN su defensa⁴³. Ahora bien, hablar de “mantener la paz y la seguridad” es una idea demasiado general, por lo que resulta útil evaluar con mayor detalle qué objetivos coinciden y dónde se produce la superposición funcional. Así pues, en esta sección se examinan los puntos fuertes de la relación de cooperación y los principales ámbitos en los que ésta se da, mientras en la siguiente se analizarán los obstáculos a los que se enfrentan la OTAN y la UE para lograr una cooperación fluida.

3. Elementos “facilitadores” de la cooperación

El amplio espectro de áreas de cooperación acordadas en las Declaraciones Conjuntas de 2016 y 2018 caracteriza la situación actual entre la OTAN y la UE. La posible competencia entre ambas partes parece sorteada por la aceptación en la segunda Declaración Conjunta de los “esfuerzos de la UE por reforzar la seguridad y la defensa europeas para proteger mejor a la Unión y a sus ciudadanos y contribuir a la paz y la estabilidad en la vecindad y fuera de ella. La Cooperación Estructurada Permanente y el Fondo Europeo de Defensa contribuyen a estos

41 NATO and EU Councils, *Ninth Progress Report stresses the importance of ever closer cooperation at a key juncture for Euro-Atlantic security*, 3 de junio 2024. <<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10471-2024-INIT/en/pdf>>

42 En la zona de la vecindad oriental de la UE actúa activamente otra organización internacional regional dedicada a la seguridad en cuyo seno participan también todos los Estados miembros de la UE y la OTAN: la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE), que trabaja para garantizar también la paz y la seguridad a través del avance de la democracia y los derechos humanos en todo el territorio de sus 57 estados participantes. Más información en: <www.osce.org/>

43 ROMERO, C., “La transformación de la OTAN tras la cumbre de Madrid”, *Documento de Análisis Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 49/2023, 2023, pp. 1-16, p. 14. Tras las adhesiones de Suecia y Finlandia, la OTAN protege al 96% de los ciudadanos de la UE.

objetivos”⁴⁴. Además, las Conclusiones del Consejo sobre Seguridad y Defensa no dejan de reconocer que la OTAN sigue siendo el fundamento de la defensa colectiva para los Estados que son miembros de la Alianza⁴⁵. La cooperación entre la UE y la OTAN se basa en cuatro principios rectores esenciales: apertura, transparencia, inclusión y reciprocidad, “sin perjuicio del carácter específico de la política de seguridad y defensa de cualquier Estado miembro”⁴⁶. Todo ello con pleno respeto a la autonomía de decisión de ambas organizaciones⁴⁷.

Aunque la relación interorganizacional está en constante evolución, gracias a los mecanismos formales e informales y al nivel de confianza único derivado de los 23 Estados miembros en común y a la afinidad entre ellos, la OTAN y la UE recurren actualmente a un amplio conjunto de competencias diferentes, tanto civiles como militares. Conscientes de sus propias ventajas comparativas, las razones de la OTAN para querer cooperar se entienden desde la esfera civil, mientras que las motivaciones de la UE se enmarcan más bien en la esfera militar.

A pesar de que la OTAN se ha ido dotando progresivamente de recursos no militares y ha ampliado su mandato para incluir aspectos políticos y “civiles”, sigue siendo una organización militar con más experiencia en disuasión y defensa que en seguridad⁴⁸. Además, su presencia no siempre es bien recibida o aceptada en determinados contextos civiles⁴⁹. Este es un inconveniente al que no se enfrenta la UE, que en general es bien recibida en muchas regiones del mundo y ha acumulado una gran cantidad de conocimientos técnicos en operaciones de gestión civil-militar de crisis en terceros países⁵⁰. De hecho, la UE insiste en las virtudes de su enfoque global, con una amplia variedad de recursos: desde medidas económicas (ayu-

44 NATO and the EU, *Joint Declaration on EU-NATO Cooperation by the President of the European Council, the President of the European Commission, and the Secretary General of the North Atlantic Organization*, Bruselas, 10 de julio 2018, párr. 7 www.consilium.europa.eu/media/36096/nato_eu_final_eng.pdf.

45 El interés de ambas organizaciones por la cooperación ha quedado reiteradamente claro en las Declaraciones Conjuntas. Aun así, es también importante subrayar las disposiciones del Tratado de Lisboa que insisten en su compatibilidad con las obligaciones que varios Estados miembros de la UE puedan tener con la OTAN. Tanto la disposición 42.2 como la 42.7 del TUE subrayan que los compromisos y la cooperación de la UE en el ámbito de la seguridad y la defensa serán coherentes con los compromisos asumidos en el marco de la OTAN, así como con el carácter específico de la política de seguridad y defensa de determinados Estados miembros. Council of the EU, *Council Conclusions on Security and Defence*, Bruselas, 17 de junio 2020, párr. 6 www.consilium.europa.eu/media/44521/st08910-en20.pdf

46 Council of the EU, *Council Conclusions on the Implementation of the Joint Declaration by the President of the European Council, the President of the European Commission and the Secretary General of the North Atlantic Treaty Organization*, Bruselas, 6 de diciembre 2016, párr. 2 <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15283-2016-INIT/en/pdf>

47 Yaniz Velasco, F. “La Defensa de la UE y la OTAN. Avanzando hacia el futuro”, *Revista de Aeronáutica y Astronáutica*, 890, 2020, pp. 56–63, p. 63 <https://publicaciones.defensa.gob.es/revista-de-aeronautica-y-astronautica-890-revistas-pdf.html>.

48 YOST, D. S., *op. cit.*, p. 28.

49 ARTEAGA, F., “La Alianza Atlántica tras su cumbre en Lisboa: Nuevo Concepto, ¿nueva OTAN?”, *ARI – Real Instituto Elcano*, 9, 2011, p. 5; LINDSTROM, G. y TARDY, T., “The scope of EU-NATO Cooperation”, en LINDSTROM, G. y TARDY, T. (eds.), *The EU and NATO: The Essential Partners*, EUISS and NATO Defence College, Paris, 2019, pp. 5–18, p. 8.

50 De Castro Ruano, J. L., “La evolución de la Unión Europea como actor en materia de seguridad y defensa: en busca de un relanzamiento siempre pendiente”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, nº 1, octubre, 2015, pp. 19–48, p. 27.

da financiera, sanciones, ventajas de mercado) hasta formas no materiales de poder (blando, normativo o civil), pasando por fuerzas armadas no militares (policía, gendarmería)⁵¹. Por lo tanto, dado que tradicionalmente la UE no ha dado primacía a la fuerza militar, actualmente no puede compararse con las capacidades militares de la OTAN para llevar a cabo operaciones militares de envergadura y a largo plazo en el extremo superior del espectro, esto es, operaciones que implican el uso de la fuerza⁵². Y así, aunque tanto la OTAN como la UE se han ido “alejando progresivamente de sus zonas de confort tradicionales hacia un término medio de seguridad colectiva”, sus ventajas comparativas se mantienen⁵³.

El gran solapamiento de sus miembros hace que ambas organizaciones coincidan en general en la identificación de las amenazas: ambas están interesadas en defenderse de la agresión rusa, garantizar la paz en los Balcanes y promover la estabilidad en Oriente Medio y el Norte de África como medida antiterrorista⁵⁴. Al mismo tiempo, los valores compartidos, tales como los principios democráticos o la oposición a regímenes autoritarios y a la creciente asertividad internacional de China, también se derivan de la coincidencia de miembros. Sin embargo, los Estados que sólo participan en una de las dos organizaciones también desempeñan un papel y contribuyen a la cooperación interorganizacional. Los nueve miembros de la OTAN no pertenecientes a la UE participan en todas las reuniones OTAN-UE (Albania, Canadá, Islandia, Montenegro, Macedonia del Norte, Noruega, Turquía, Reino Unido y Estados Unidos). Sin embargo, cuando se trata de Estados miembros de la UE no pertenecientes a la OTAN no ocurre lo mismo, ya que Chipre no participa en dichas reuniones, siendo el único ausente⁵⁵. Esto se debe a que el resto de los Estados miembros de la UE no pertenecientes a la OTAN (Austria, Irlanda y Malta) son miembros del mencionado programa APP de la OTAN y pueden asistir a las reuniones de cooperación⁵⁶.

51 Major, C. y Mölling, C., “Towards an EU Peacebuilding Strategy: The Effects of the Lisbon Treaty on the Comprehensive Approach of the EU in the Area of Civilian Crisis Management”, *European Foreign Affairs Review*, 18, 2013, pp. 45–62, pp. 46–50.

52 Smith, M. E., “Transatlantic Security Relations since the European Security Strategy: What Role for the EU in Its Pursuit of Strategic Autonomy?”, *Journal of European Integration*, 40.5, 2018, pp. 605–20, p. 610 www.tandfonline.com/action/journalInformation?journalCode=geui20”author”:[{“dropping-particle”:"",“family”:”Smith”,“given”:”Michael E.”,“non-dropping-particle”:"",“parse-names”:false,“suffix”:""}],“container-title”:”Journal of European Integration”,“id”:"ITEM-1”,“issue”:"5”,“issued”:{“-date-parts”:[["2018"]]},“page”:"605-620”,“title”:"Transatlantic security relations since the European security strategy: what role for the EU in its pursuit of strategic autonomy?”,“type”:"article-journal”,“-volume”:"40”,“locator”:"610”,“uris”:[“http://www.mendeley.com/documents/?uuid=14071c79-323b-4c44-9bb9-897ab0827e0d”]},“mendeley”:{“formattedCitation”:"Michael E. Smith, ‘Transatlantic Security Relations since the European Security Strategy: What Role for the EU in Its Pursuit of Strategic Autonomy?’, <i>Journal of European Integration</i>, 40.5 (2018).

53 Smith, S. J. y Gebhard, C., “EU-NATO Relations: Running on the Fumes of Informed Deconfliction”, *European Security*, 26.3, 2017, pp. 303–14, p. 304.

54 Szewczyk, B. M. J., “Operational Cooperation”, en LINDSTROM, G. y TARDY, T. (eds.), *The EU and NATO: The Essential Partners*, EUISS and NATO Defence College, Paris, 2019, pp. 21–27, p. 23.

55 Smith, S. J. y Gebhard, C., *op. cit.*, p. 305.

56 Missiroli, A., *The EU and the World: Players and Policies Post-Lisbon. A Handbook*, 1a ed., European Union Institute for Security Studies (EUISS), Paris, 2016, p. 58.

4. Ámbitos específicos de cooperación

En el texto de la primera Declaración Conjunta firmada en Varsovia en julio de 2016, los representantes de ambas organizaciones (Juncker y Tusk, por parte de la UE y Stoltenberg, por parte de la OTAN) establecieron siete pilares de cooperación para seguir reforzando su labor común ante los retos de seguridad procedentes del este y el sur de Europa⁵⁷. Estos siete pilares eran: la lucha contra las amenazas híbridas (en particular mediante comunicaciones estratégicas e intercambio de información), la cooperación operativa (también en el mar), la ciberseguridad, el desarrollo de las capacidades de defensa, la industria y la investigación en materia de defensa, la coordinación de los ejercicios y el refuerzo de las capacidades de los socios del Este y del Sur.

A finales de ese año, tanto el Consejo de la UE como el Consejo del Atlántico Norte (NAC) reafirmaron las 42 propuestas contempladas en los 7 ámbitos de la Declaración Conjunta⁵⁸. En diciembre de 2017 se añadió otro conjunto de 32 medidas, entre ellas se identificaban tres nuevos ámbitos de actuación: movilidad militar, intercambio de información en el ámbito de la lucha contra el terrorismo y el papel de la mujer en la paz y la seguridad. A lo largo de dos años se avanzó en la aplicación de estas medidas, en particular en los ámbitos de las comunicaciones estratégicas, la cooperación operativa (especialmente en el mar)⁵⁹, el intercambio de información⁶⁰ y las medidas de lucha contra las amenazas híbridas. Este espíritu de cooperación continuó a pesar de las turbulencias provocadas por la llegada del presidente Trump o el desafío interno de la UE con el Brexit. En 2018, antes de la Cumbre de la OTAN, ambas

57 NATO and the EU, *Joint Declaration on EU-NATO Cooperation by the President of the European Council, the President of the European Commission, and the Secretary General of the North Atlantic Treaty Organization*, Varsovia, 8 de julio 2016 <www.nato.int/nato_static_fl2014/assets/pdf/pdf_2016_07/20160708_160708-joint-NATO-EU-declaration.pdf>.

58 Es importante recordar que en noviembre de 2016 la UE también adoptó su Plan de Acción Europeo de Defensa (EDAP– European Defence Action Plan), que busca ayudar a los Estados miembros a gastar de forma más eficiente en capacidades conjuntas de defensa, promover una base industrial competitiva e innovadora y reforzar la seguridad de los ciudadanos europeos.

59 La operación *Sea Guardian* de la OTAN ha cooperado, cuando ha sido necesario, con EUNAVFOR Sophia, que fue sustituida por EUNAVFOR MED IRINI en marzo de 2020.

60 Especialmente a partir de 2014, ha aumentado el interés por compartir inteligencia entre la OTAN y la UE, no solo en el contexto de Crimea, sino también en relación con el ascenso del ISIS. Por parte de la UE, cabe mencionar el Centro de Inteligencia y Situación de la UE (INTCEN– *EU Intelligence and Situation Centre*), creado en 2011 como heredero del Centro de Situación Conjunta de la UE (SITCEN– *EU Joint Situation Center* que había existido en diferentes formatos desde 1999. Tras el 11-S, Javier Solana decidió utilizar el SITCEN para empezar a producir análisis clasificados basados en contribuciones de inteligencia de varios Estados. En la actualidad, el INTCEN es una dirección del SEAE encargada de supervisar los acontecimientos tanto dentro como fuera de la UE para proporcionar análisis de inteligencia, alertas tempranas y conocimiento de la situación al SEAE, a la Alta Representante y a los representantes de los Estados miembros en el PSC. El INTCEN comparte información, también específicamente sobre amenazas híbridas –a través de la Célula de Fusión Híbrida de la UE–, con la OTAN). Por parte de la OTAN, los organismos más relevantes en este ámbito son la División Conjunta de Inteligencia y Seguridad (JISD– *Joint Intelligence and Security Division*) y el Centro de Operaciones del Ciberespacio (CYOC– *Cyberspace Operations Centre*). Queda un importante margen de actuación y mejora en este campo.

organizaciones firmaron una nueva Declaración Conjunta en Bruselas⁶¹. En esta declaración de seguimiento acordaron trabajar en las 74 medidas previamente identificadas y centrar especialmente su cooperación en los ámbitos de la movilidad militar, la lucha contra el terrorismo, la resiliencia frente a los riesgos químicos, biológicos, radiológicos y nucleares y la promoción de la agenda sobre mujer, paz y seguridad (WPS). Estas 74 medidas siguen siendo objeto de un seguimiento constante a través de los llamados “Informes de Situación” (*Progress Reports*).

A pesar de que ambas organizaciones tienen sus propios problemas internos, algunos de los cuales afectan sin duda a la cooperación interorganizacional, la OTAN y la UE han sido capaces de ir avanzando en la creación de un marco de cooperación flexible y coherente desde que en los Balcanes Occidentales se dieron los primeros pasos hacia esta cooperación interorganizacional⁶². En marzo de 2003 se produjo la transición de la *Operación Armonía Aliada*, dirigida por la OTAN, a la *Operación Concordia*, dirigida por la UE, ambas en la hoy llamada República de Macedonia del Norte. Aunque no se trató de una cooperación propiamente dicha, sí fue un momento de colaboración fluida para pasarse el testigo. Además, *Concordia* supuso una prueba de credibilidad para la UE, por lo que su exitoso desarrollo sentó las bases para futuras operaciones militares de la UE como socio digno de confianza a ojos de la OTAN⁶³. Bosnia fue otro buen escenario en el que se produjo un traspaso de funciones sin problemas, aunque en este caso hablar de “cooperación” sería demasiado contundente⁶⁴. Ese mismo año, en noviembre de 2003, se llevó a cabo el primer ejercicio conjunto OTAN-UE de gestión de crisis⁶⁵, centrado en la consulta a nivel político-militar en el caso de que una operación de la UE recurriera a los medios y capacidades de la OTAN⁶⁶.

De hecho, los ejercicios militares han sido uno de los ámbitos en los que la cooperación ha sido más activa. Desde la Declaración Conjunta de 2016 se han realizado varias rondas de Ejercicios Paralelos y Coordinados (*PACE-Parallel and Coordinated Exercises*)⁶⁷. La expresión “paralelos y coordinados” se acuñó para evitar el término ejercicios “conjuntos”, al tiempo que mostraba la voluntad de estar lo más cerca posible sin estar unidos. A través de

61 NATO and the EU, *Joint Declaration on EU-NATO Cooperation by the President of the European Council, the President of the European Commission, and the Secretary General of the North Atlantic Organization*, Bruselas, 10 julio 2018 <www.consilium.europa.eu/media/36096/nato_eu_final_eng.pdf>

62 SMITH, H., “Countering Hybrid Threats”, en LINDSTROM, G. y TARDY, T. (eds.), *The EU and NATO: The Essential Partners*, EUISS and NATO Defence College, Paris, 2019, pp. 13–20, p. 20.

63 GROSS, E., “Operation CONCORDIA (FYROM). EU Military Operation in the Former Yugoslav Republic of Macedonia (Concordia)”, en GREVI, G., HELLY, D., y KEOHANE, D. (eds.), *European Security and Defence Policy: The First 10 Years (1999–2009)*, European Union Institute for Security Studies (EUISS), Paris, 2009, pp. 173–180, p. 177.

64 USANMAZ, E., “Successful Crisis Management? Evaluating the Success of the EU Missions in the Western Balkans”, *European Foreign Affairs Review*, 23.3, 2018, pp. 381–404; RIPLEY, T., *Operation Deliberate Force: The UN and NATO Campaign in Bosnia 1995*, 1a ed., Centre for Defence and International Security Studies, Lancaster, 1999; Touzovskaia, N., “EU-NATO Relations: How Close to ‘Strategic Partnership’?”, *European Security*, 15.3, 2006, pp. 235–258, p. 240-250.

65 El ejercicio CME/CMX 03 se basó en los acuerdos permanentes “Berlín Plus” y no implicó el despliegue de tropas sobre el terreno. Se llevó a cabo desde Bruselas y las capitales nacionales. *Ibid.*, p. 248.

66 *Ibid.*, pp. 247–48.

67 NATO, “NATO-EU Relations”, *NATO Factsheets*, Feb. (2019) <www.nato.int/nato_static_fl2014/assets/pdf/pdf_2019_02/20190208_1902-factsheet-nato-eu-en.pdf>

los PACE, la UE ha participado en los ejercicios de la OTAN como parte externa y ello les ha permitido a ambos conocer al otro de forma práctica. Los PACE abarcan un amplio abanico de cuestiones, algunas de las cuales pertenecen al ámbito de especialización de la OTAN (como la preparación) y otras se encuentran entre los puntos fuertes de la UE (como el transporte de protección civil). Ahora bien, superar ese grado actual de coordinación parece poco probable debido a la oposición de los Estados implicados en el “problema de la participación”.

El desarrollo de capacidades es un área en la que la cooperación resulta esencial y en la que existe potencial para un mayor crecimiento. En este contexto destaca el ya mencionado Grupo de Capacidades OTAN-UE (creado en 2003), que garantiza la coherencia y el refuerzo mutuo de los esfuerzos de desarrollo de capacidades de ambas organizaciones. Tras la creación por la UE en 2004 de la Agencia Europea de Defensa (AED), sus expertos han contribuido a los trabajos del Grupo de Capacidades⁶⁸. En la actualidad, este Grupo se ocupa de las carencias comunes de capacidades y pretende garantizar la transparencia y complementariedad entre los trabajos de la OTAN sobre Defensa Inteligente y la iniciativa de puesta en común e intercambio de la UE. Un ejemplo de cooperación eficaz entre la OTAN y la UE en el suministro de capacidades críticas es el trabajo emprendido específicamente por la OTAN, la AED y seis Estados miembros sobre la adquisición de una flota multinacional europea de aviones cisterna de transporte polivalentes (conocidos como MRTT por las siglas en inglés de *Multirole tanker-transport*)⁶⁹. El proyecto consiste en una flota de ocho aviones cuya entrega se ha ido realizando entre 2020 y 2024, lo que aumenta significativamente la capacidad europea de reabastecimiento en vuelo.

Un cambio especialmente importante que impulsó la dinámica política tuvo lugar a raíz de la crisis de Crimea en 2014, antecesora de la guerra actual y escenario de la guerra híbrida a la que se enfrenta Europa. Las amenazas híbridas se extienden en los ámbitos militar y civil e incluyen la desinformación, los ciberataques, la presión sobre infraestructuras críticas, etcétera. Por lo tanto, exigen una cooperación intersectorial, regional e internacional⁷⁰. Ambas instituciones trabajan juntas en el mismo tipo de amenazas y con objetivos y métodos similares. Un buen ejemplo de ello es cómo se benefician y contribuyen al Centro Europeo de Excelencia para la Lucha contra las Amenazas Híbridas (CoE Híbrido) en Finlandia⁷¹.

68 La AED es la agencia adecuada para ello, ya que se encarga de coordinar el desarrollo de las capacidades de defensa de la UE, la cooperación en materia de armamento, las adquisiciones y la investigación.

69 Estos aviones pueden ser utilizados para el reabastecimiento en vuelo, el transporte de pasajeros y carga, así como la evacuación médica. Los Estados participantes son Alemania, Bélgica, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos y la República Checa. NATO, “Multi-Role Tanker Transport Capability (MRTT-C)”, *NATO's Factsheets*, 2022 <www.nato.int/nato_static_fl2014/assets/pdf/2022/9/pdf/2209-factsheet-mrmt.pdf>

70 Marović, J., “Wars of Ideas: Hybrid Warfare, Political Interference, and Disinformation”, en Valášek, T. (ed.), *New Perspectives on Shared Security: NATO's Next 70 Years*, Carnegie Endowment for International Peace, Washington, D.C., 2019, pp. 27–30, p. 29.

71 El CoE Híbrido es un centro de conocimientos especializados destinado a apoyar los esfuerzos individuales y colectivos de los Estados participantes para mejorar sus capacidades cívico-militares e impulsar su preparación para contrarrestar las amenazas híbridas, centrándose especialmente en la seguridad europea. Su creación en 2017 fue el resultado del “Marco conjunto para contrarrestar las amenazas híbridas: una respuesta de la Unión Europea”, adoptado por la Comisión Europea, la Alta Representante y el Consejo. El Consejo Europeo y el Consejo del Atlántico Norte respaldaron la iniciativa del Cde Híbrido como parte

Los esfuerzos en Ucrania constituyen un buen ejemplo de otro frente en el que la OTAN y la UE están trabajando estrechamente: el apoyo a países socios para reforzar sus capacidades locales en los sectores de seguridad y defensa. Al margen de las acciones tomadas individualmente por cada organización en el contexto de la guerra –donde destaca especialmente la histórica adquisición conjunta por parte de la UE de munición y equipamiento militar para Ucrania–, en el ámbito de la cooperación entre organizaciones para apoyar a Estados socios, supone un hito importante la contribución de 2 millones de euros de la Comisión Europea al Fondo Fiduciario de la OTAN para la Construcción de la Integridad, acordada en diciembre de 2018⁷².

Abordar la situación ucraniana también ha contribuido a desarrollar una sólida cooperación en el ámbito de la movilidad militar⁷³. En este ámbito, hay importantes conversaciones en curso y en ellas participan la Comisión Europea (a la cabeza de la dimensión normativa de la misma), pero también el SEAE, el EMUE y los Estados miembros. Por parte de la OTAN, también participan el Estado Mayor Internacional, el Estado Mayor Militar Internacional y el Cuartel General Supremo de las Potencias Aliadas en Europa (SHAPE). La cooperación en materia de movilidad militar forma parte de un proyecto de la Cooperación Estructurada Permanente de la UE, es decir, un proyecto PESCO, (dirigido actualmente por los Países Bajos y con la participación de EE.UU., Noruega, Canadá y Reino Unido)⁷⁴. No obstante, la OTAN ha proporcionado una serie de puntos de referencia para cooperar mejor, es decir, para poder trasladar equipos militares a gran velocidad desde Europa Occidental o Central a los flancos orientales de la UE en caso de crisis con Rusia. Es algo que interesa tanto a la OTAN como a la UE, aunque es una cuestión de armonización legislativa que lleva tiempo y que depende también de lo que decida la Comisión⁷⁵. Aparte del eterno problema de Chipre/Turquía, que no permite el pleno intercambio de información para la movilidad militar, parece que hay otro problema que se cierne sobre esta iniciativa. Aunque se ha presentado como uno de los principales proyectos emblemáticos de la cooperación entre la UE y la OTAN, preocupa que la movilidad militar pueda verse socavada por el hecho de que la UE no siga financiándola o recorte su presupuesto. Las negociaciones financieras por parte de la UE parecen preocupar a los aliados de la OTAN no pertenecientes a la UE. Aunque la negativa a contribuir sea una

del conjunto de propuestas para aplicar la Declaración Conjunta UE/OTAN de 2016. A día de hoy, el CoE cuenta con 36 Estados participantes y la UE y la OTAN participan muy activamente en sus iniciativas. Más información disponible en: <www.hybridcoe.fi/>

72 NATO, *Plan Referencial: Buena gobernanza y generación de integridad en el sector de la defensa y la seguridad conexa*, 2021 www.nato.int/nato_static_fl2014/assets/pdf/2021/4/pdf/210104-BI-Refrence-Curriculum-spa.pdf

73 FIOTT, D., “Defence Industry, Industrial Cooperation and Military Mobility”, en LINDSTROM, G. y TARDY, T. (eds.), *The EU and NATO: The Essential Partners*, EUISS and NATO Defence College, Paris, 2019, pp. 44–52.

74 MARTÍ SEMPERE, C., “Una revisión de la Colaboración Estructurada Permanente”, *Análisis Real Instituto Elcano*, 6 de mayo de 2024. Disponible en: www.realinstitutoelcano.org/analisis/una-revision-de-la-colaboracion-estructurada-permanente/

75 Varias de las decisiones que deben tomarse están relacionadas con la modernización de infraestructuras críticas (puertos, ferrocarriles o dársenas), que la UE puede financiar activamente a través de los Fondos Estructurales y los fondos regionales.

decisión impulsada por los Estados miembros, la percepción de las instituciones de la UE también se ve afectada.

Por último, en el ámbito de la cooperación en materia de ciberdefensa, aparte de los PACE llevados a cabo utilizando escenarios cibernéticos⁷⁶, existe un acuerdo técnico firmado en 2016 por el Equipo de Respuesta a Emergencias Informáticas de la UE (CERT/UE– *Computer Emergency Response Team*) y la Capacidad de Respuesta a Incidentes Informáticos de la OTAN (NCIRC–*NATO's Computer Incident Response Capability*) para intercambiar información sobre amenazas comunes⁷⁷. Los equipos de respuesta a incidentes cibernéticos de ambas organizaciones intercambian actualizaciones de políticas y mejores prácticas con regularidad⁷⁸. La Agencia de Comunicación e Información de la OTAN (NCI Insa) y su Centro de Excelencia para la Ciberdefensa Cooperativa mantienen conversaciones con la UE, cuyo “Toolkit” de Ciberdiplomacia se utiliza en relación con los esfuerzos de ciberdefensa de la OTAN. Las conversaciones de alto nivel entre personal de la UE y de la OTAN sobre ciberseguridad y defensa, y las reuniones informativas cruzadas sobre cómo mejorar la resiliencia de las redes (incluida la 5G y la seguridad de la cadena de suministro) están convirtiendo el sector cibernético en una de las áreas en las que la cooperación interorganizacional es más activa⁷⁹.

5. Ejemplos concretos de cooperación sobre el terreno

A lo largo de estas dos décadas de cooperación inestable, ha habido momentos en los que la Política Común de Seguridad y Defensa (PCSD)⁸⁰ ha sufrido problemas de identidad y credibilidad frente a la OTAN, como las turbulencias provocadas por la guerra de Irak de 2003⁸¹. No obstante, la UE ha reforzado cada vez más su identidad separada y, en consecuencia, ha permitido una buena relación de trabajo y una cooperación *ad hoc* en lugares como Kosovo y Afganistán⁸², aunque, en general, la interacción sobre el terreno entre la OTAN y la UE sigue siendo limitada⁸³. Ya se han dado casos de solapamiento sobre el te-

76 Como el CYBRID, un ejercicio híbrido de la UE en Estonia, al que asiste el SG de la OTAN; como el CMX y *Cyber Coalition*, ejercicios anuales de la OTAN a los que asisten representantes de la UE; o el foro CYBERSEC 2019, organizado por el Centro de Excelencia de Contrainteligencia de la OTAN (*Counter Intelligence Centre of Excellence*). NATO and EU Councils, *Fifth Progress Report on the Implementation of the Common Set of Proposals Endorsed by EU and NATO Councils on 6 December 2016 and 5 December 2017*, 16 de junio 2020, p. 6. <www.consilium.europa.eu/media/44451/200616-progress-report-nr5-eu-nato-eng.pdf>

77 SHEA, J., “How Is NATO Meeting the Challenge of Cyberspace?”, *PRISM*, 7.2, 2017, pp. 19–29, pp. 26–27. <<https://cco.ndu.edu/PRISM-7-2/Article/1401835/how-is-nato-meeting-the-challenge-of-cyberspace/>>.

78 Y coordinaron con éxito la respuesta a los ataques WannaCry y NotPetya. *Ibid.*, pp. 19–29.

79 NATO and EU Councils, *Fifth Progress Report*, *op. cit.*, p. 6.

80 Llamada así desde que el Tratado de Lisboa substituyese a la anteriormente referida Política Europea de Seguridad y Defensa (PESD).

81 GREVI, G., HELLY, D., y KEOHANE, D., *European Security and Defence Policy: The First Ten Years*, European Union Institute for Security Studies (EUISS), Paris, 2009, p. 116.

82 SMITH, J. S., *op. cit.*, p. 58.

83 LARIK, J., “The EU’s Global Strategy, Brexit and ‘America First’”, *European Foreign Affairs Review*, 23.3, 2018, pp. 343–64, p. 352.

reno y aunque ello podría poner en peligro la eficacia institucional y crear disfuncionalidad y competencia institucional, lo cierto es que el solapamiento de sus *cajas de herramientas* (“toolboxes”) también ha permitido demostrar la flexibilidad institucional en algunos escenarios de gestión de crisis, proporcionando ventajas relacionadas con la experiencia, las capacidades y la reputación de cada organización. Por lo tanto, el solapamiento en la gestión de crisis militares puede evitar la duplicación y la rivalidad si las organizaciones consiguen trabajar de forma concertada y complementaria⁸⁴, aunque los inconvenientes sigan siendo difíciles de evitar.

Las situaciones en las que ambas organizaciones han estado presentes al mismo tiempo en el mismo lugar han permitido que sus propias ventajas comparativas impulsaran la lógica de las respectivas operaciones⁸⁵. En este sentido, la división de tareas en Kosovo fue evidente: la KFOR de la OTAN era una operación puramente militar, mientras que EULEX Kosovo era una misión sobre el estado de Derecho (la mayor misión civil de la UE hasta la fecha, aunque también tiene un cierto componente militar, en la medida en que se encarga de la seguridad en la zona de Mitrovica)⁸⁶. Los analistas han constatado que existe una colaboración fluida entre ellas basada en la coexistencia (también con la ONU), y que no se han desperdiciado recursos, ya que cada organización tenía su propio mandato, que no se solapaba con el de la otra⁸⁷. Kosovo es, por tanto, un buen ejemplo de cómo las funciones sobre el terreno avanzaron a pesar de las cuestiones políticas que pudieran estar bloqueando la cooperación formal en Bruselas. Sin embargo, ni siquiera en este caso se puede hablar de cooperación directa, sino más bien, de coexistencia y coordinación⁸⁸.

En Afganistán, la Misión *Resolute Support* y su predecesora, la *Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad* (ISAF), estuvieron dirigidas por la OTAN desde 2015, mientras que *EUPOL Afganistán* era una misión de garantía del estado de Derecho dirigida por la UE. Una vez más, tenían mandatos separados que no competían entre sí, pero trabajaron juntos sobre el terreno cuando fue necesario⁸⁹. La operación militar también fue dirigida por la OTAN en Libia⁹⁰, donde la Alianza desplegó la Operación *Unified Protector*⁹¹, mientras que la participación de la UE en el país fue a través de *EUBAM Libia*, una misión civil

84 “Lo realmente relevante es que, en ambas organizaciones, se busca el reequilibrio de sus compromisos militares en Europa a través del principio de complementariedad”, ALDECOA LUZÁRRAGA, F., *op. cit.*, p.1017.

85 LINDSTROM, G. y TARDY, T., *op. cit.*, p. 8.

86 GAREY, J., *The US Role in NATO's Survival After the Cold War, The US Role in NATO's Survival After the Cold War*, 1ª ed., Springer International Publishing, Cham, 2020, pp. 72–76; GREVI, G., “The EU Rule-of-Law Mission in Kosovo (EULEX Kosovo)”, en GREVI, G., HELLY, D., y KEOHANE, D. (eds.) *European Security and Defence Policy: The First Ten Years*, EU Institute for Security Studies, 2009, Paris, pp. 353–368, pp. 355-361.

87 GREVI, G., *op. cit.*, pp. 353–368; USANMAZ, E., *op. cit.*, pp. 381–404.

88 GRAEGER, N., *op. cit.*, pp. 342–356.

89 En este caso, la diferencia de magnitud también hacía muy difícil que compitieran (mientras la ISAF contaba con más de 100.000 efectivos, el mandato de EUPOL podía ejecutarse con alrededor de 300 personas).

90 Una operación que, de hecho, se inició como operación nacional francesa.

91 GAREY, J., *op. cit.*, pp. 174–83.

de apoyo a las autoridades libias para mejorar la seguridad de las fronteras del país⁹². En Irak, la Misión de adiestramiento y capacitación de la OTAN (NMI por las siglas en inglés de *NATO Mission in Iraq* y liderada por España desde el 2023) coopera estrechamente con el apoyo de estabilización de la UE en el país, garantizando la complementariedad de esfuerzos⁹³.

En otros casos, sin embargo, si se produce una competencia entre mandatos, puede acabar dándose un derroche de recursos y controversias innecesarias⁹⁴. Tal fue el caso, hasta cierto punto, de las operaciones contra la piratería que se desarrollaron simultáneamente en el Cuerno de África. Aunque parecía existir una complementariedad efectiva en la medida en que ambas abordaban la lucha contra la piratería y el terrorismo desde su propia idiosincrasia, la Operación *EUNAVFOR* de la Fuerza Naval de la UE (también conocida como *Atalanta*) y la *Ocean Shield* de la OTAN tenían *de facto* objetivos idénticos en el Golfo de Adén, y esto creó cierto debate entre los miembros sobre si sólo un actor debería haber tomado la iniciativa⁹⁵. Un mejor ejemplo de cooperación operativa marítima, en la que los mandatos no eran idénticos, puede encontrarse en el Mediterráneo central⁹⁶. Aunque la Operación *Sea Guardian* de la OTAN ha tenido muy pocos buques operando con su bandera junto a *EUNAVFOR Sophia* (ahora sustituida por *EUNAVFOR Irimi*)⁹⁷, la mera coexistencia en las mismas aguas ha permitido el establecimiento del Mecanismo Compartido de Concienciación y Distensión (*Shared Awareness and De-confliction in the Mediterranean Mechanism* o SHADE MED), un foro de intercambio de buenas prácticas⁹⁸. Ahora bien, no existe un plan operativo integrado ni una coordinación y complementariedad explícitas; una vez más, las tensiones entre Turquía y Chipre impiden hablar de manera formal. También ha habido alguna acción coordinada en el Mar Egeo, pero la actividad naval de la UE en la zona es mínima y la operación de vigilancia de la OTAN consiste en media docena de buques⁹⁹.

92 Serrano De Haro, P. A., “Truth and Dare: A Personal Reflection on 20 Years of CSDP”, en FIOTT, D. (ed.), *The CSDP in 2020*, European Union Institute for Security Studies (EUISS), Paris, 2020, pp. 16–37, p. 31.

93 SERVICIO EUROPEO DE ACCIÓN EXTERIOR, *EUAM Iraq and the NATO Mission Iraq sign a Memorandum of Cooperation*, 21 de octubre 2019 www.eeas.europa.eu/eeas/euam-iraq-and-nato-mission-iraq-sign-memorandum-cooperation_ft?s=167

94 Riddervold, M., “New Threats-Different Response: EU and NATO and Somali Piracy”, *European Security*, 23.4, 2014, pp. 546–564, pp. 553–554.

95 GEBHARD, C. y SMITH, S. J., *op. cit.*, pp. 107–127; CLADI, L. y LOCATELLI, A., *op. cit.*, p. 7; Riddervold, M., *op. cit.*, p. 547.

96 Los mandatos de estas operaciones difieren. Mientras que la Operación *Sea Guardian* de la OTAN tenía como objetivo mantener el conocimiento de la situación marítima en el Mediterráneo, mejorar el desarrollo de capacidades y disuadir y combatir el terrorismo, el mandato de *EUNAVFOR Sophia* consistía en identificar, capturar y eliminar buques y medios de apoyo utilizados o sospechosos de ser utilizados por contrabandistas o traficantes de migrantes.

97 La principal tarea de esta operación es contribuir a la aplicación del embargo de armas de las Naciones Unidas a Libia, de conformidad con la Resolución 2292 (2016) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Como tareas secundarias, *Irimi* conserva las tareas de la Operación *Sophia*.

98 NATO and EU Councils, *Fifth Progress Report*, *op. cit.*, p. 5.

99 De hecho, la cooperación en este caso se ha canalizado de la OTAN a FRONTEX, que es una Agencia de la Comisión Europea, y no entre la PCSD (CSDP) y la OTAN.

Sin embargo, la verdadera toma de conciencia sobre la necesidad de cooperar se produjo tras la intervención de Rusia en Ucrania en 2014¹⁰⁰. Tanto para la OTAN como para la UE resultó dolorosamente obvio que ninguna de las dos disponía por sí sola de toda la gama de herramientas necesarias para abordar la crisis híbrida emergente. Desde el punto de vista de la creación de capacidades de defensa y seguridad, han establecido una clara división del trabajo orientada, por una parte, a la aplicación de la Ley de Seguridad Nacional de Ucrania, y, por otra, a cuestiones como la formación y la reforma del Servicio de Seguridad de Ucrania¹⁰¹. La UE ya tenía una Delegación en Ucrania, en Kiev –como hace en muchos lugares del mundo–, y la OTAN también contaba con una gran oficina de enlace, algo que no es muy habitual. Así, mientras que la *EUAM Ucrania* supervisa la formación de las fuerzas de seguridad, la misión de la OTAN en Ucrania consiste en misiones de policía aérea para rastrear e identificar las infracciones de su espacio aéreo y tomar las medidas oportunas. Su interacción se da en las dos direcciones: mientras la OTAN presidía un grupo de coordinación de donantes para el sector de la defensa y la seguridad bajo los auspicios de la Delegación de la UE¹⁰², los expertos de la *EUAM* formaron parte del equipo dirigido por la OTAN para el proceso de revisión de la integridad en la construcción para Ucrania (*Building Integrity Peer Review process for Ukraine*). Asimismo, en el marco del programa sobre mujer, paz y seguridad, el personal de la UE asiste periódicamente a reuniones de grupos de trabajo organizadas por la OTAN¹⁰³. La coordinación y la participación mutua en las iniciativas de la otra parte son bastante evidentes, al igual que los esfuerzos realizados por ambas organizaciones para garantizar la complementariedad de sus actuaciones, especialmente en lo que respecta a Rusia¹⁰⁴. Desde la invasión a gran escala de Rusia en 2022, la *EUAM Ucrania* ha seguido operando y la OTAN y sus aliados han proporcionado un apoyo sin precedentes. Las dos organizaciones han expresado su compromiso de que Ucrania pueda convertirse en miembro de ambas¹⁰⁵, reafirmando, en el caso de la OTAN que “estaremos en condiciones de cursar una invitación a Ucrania para que se una a la Alianza cuando los Aliados estén de acuerdo y se cumplan las condiciones”, tal y como recoge la Declaración Final de la Cumbre de Washington de julio del 2024¹⁰⁶.

100 ROMERO, C., *op. cit.*, p. 14.

101 NATO and EU Councils, *Third Progress Report on the Implementation of the Common Set of Proposals Endorsed by NATO and EU Councils*, 31 de mayo 2018, pp. 8–9. www.consilium.europa.eu/media/35578/third-report-ue-nato-layout-en.pdf

102 *Ibid.*, p. 9.

103 NATO and EU Councils, *Fifth Progress Report*, *op. cit.*, pp. 12–13.

104 MAYER, S., “The EU and NATO in Georgia: Complementary and Overlapping Security Strategies in a Precarious Environment”, *European Security*, 26.3, 2017, pp. 435–53, p. 443.

105 El 23 de junio de 2022, el Consejo Europeo concedió a Ucrania el estatuto de país candidato a la adhesión a la UE después de que el Parlamento Europeo hubiese adoptado ese mismo día también una resolución en la que pedía la concesión inmediata del estatuto de candidato a la adhesión a la UE a Ucrania. CONSEJO EUROPEO, *European Council conclusions*, Bruselas, 24 de junio 2022, párr. 11 www.consilium.europa.eu/media/57442/2022-06-2324-euco-conclusions-en.pdf

106 NATO, *Washington Summit Declaration*, 10 de julio de 2024 www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_227678.htm

IV. PRINCIPALES OBSTÁCULOS A LA COOPERACIÓN

El recelo con que EE.UU. mira el fortalecimiento de la autonomía de la UE se presenta a menudo como un problema en la relación entre la OTAN y la UE. A su vez, esto genera una falta de confianza por parte de algunos Estados europeos sobre la implicación de EE.UU. en la seguridad europea. Sin embargo, esa sería una cuestión interna de la OTAN, en la medida en que se refiere a la consistencia y solidez del vínculo transatlántico y a la unidad entre los aliados. Una cuestión diferente, por tanto, es el hecho de que una UE más ambiciosa y unificada internamente en cuanto a aspiraciones militares, decida cooperar con la OTAN, que también tiene interés en reforzar la relación con su antiguo socio europeo actuando como un actor único por derecho propio. Como recuerda Jolyon Howorth, “sólo a través de su relación con la OTAN, y no en contradicción con ella, puede aspirar la UE tanto a lograr su autonomía como a reforzar la alianza transatlántica”¹⁰⁷. Aunque ambas organizaciones destacan en diferentes aspectos de la gestión de crisis, estas ambiciones no son necesariamente incompatibles¹⁰⁸ y, de hecho, pueden ser beneficiosas para ambas partes¹⁰⁹. Sin embargo, todavía existen obstáculos que pueden ser difíciles de superar, dependiendo de cómo evolucionen las circunstancias con el tiempo.

En primer lugar, es cierto que el papel de Estados Unidos en la OTAN puede considerarse una cuestión interna de la Alianza y el “estado de salud” de la misma. Sin embargo, no puede negarse que la capacidad de Estados Unidos dentro de la OTAN para promocionar sus sistemas y tecnologías de defensa también es algo que puede afectar –y de hecho afecta– a la relación interorganizacional. A pesar de la coincidencia de miembros, el hecho de que el mayor mercado de defensa del mundo pueda ser capaz de utilizar a la OTAN en su propio beneficio levanta algunas sospechas¹¹⁰. De ahí el desarrollo por parte de la UE de la EDTIB, acrónimo en inglés de la Base Tecnológica e Industrial de la Defensa Europea¹¹¹, el Fondo Europeo de Defensa¹¹² o la ya mencionada PESCO, que venían a sumarse a la Agencia Europea de Defen-

107 Howorth, J., “Strategic Autonomy and EU-NATO Cooperation: Threat or Opportunity for Transatlantic Defence Relations?”, *Journal of European Integration*, 40.5, 2018, pp. 523–537, p. 524.

108 Como afirma DEMPSEY, J., “Europe’s Pathetic Lack of Foreign Policy Ambition”, *Carnegie Europe*, Aug.7, 2015 <https://carnegieendowment.org/europe/strategic-europe/2015/08/europes-pathetic-lack-of-foreign-policy-ambition?lang=en¢er=europe>; Rühle, M., “Daydream Believers: Assertive Rhetoric about European Security Autonomy Rings Hollow”, *Berlin Policy Journal*, Nov.23, 2016 <https://berlinpolicyjournal.com/daydream-believers/>.

109 DUKE, S., *op. cit.*, p. 28; Howorth, J., *op. cit.*

110 FIOTT, D., *op. cit.*, pp. 45–47.

111 La EDTIB es un programa que financia proyectos que buscan crear nuevos productos y tecnologías de defensa (o actualizar aquellos que se encuentran en su fase de desarrollo). Maulny, J.P., “No time like the present – Towards a genuine defence industrial base for the CSDP?”, *The CSDP in 2020*, European Union Institute for Security Studies (EUISS), Paris, 2020, pp. 124–134.

112 El Fondo Europeo de Defensa fue introducido por la Comisión Juncker en su Plan de Acción Europeo de Defensa (EDAP, por sus siglas en inglés), que abordaba la falta de cooperación en los ámbitos de la investigación y el desarrollo de capacidades de defensa y seguridad (Comisión Europea, 2016). El fondo invierte y apoya la investigación europea en materia de defensa cubierta por el presupuesto de la UE, así como proyectos para el desarrollo conjunto de capacidades de defensa, financiados con dinero de la UE destinado a fomentar la cooperación y mejorar la financiación de los Estados miembros (estas dos dimensiones se denominan “ventanas” en la Comunicación del EDAP). COMISIÓN EUROPEA, *Communication from the European Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the*

sa. La vertiente industrial de esta relación tiene el potencial de desestabilizar la cooperación entre organizaciones, sobre todo si no se aborda adecuadamente en los próximos años. Aunque la cuestión de las capacidades de defensa no es un tema nuevo, los avances tecnológicos que aparecen en la agenda pueden convertirse en una fuente de fricción si la OTAN y la UE no encuentran una línea política común¹¹³. Las cuestiones sobre IA, tecnologías disruptivas o 5G se enmarcan en un importante debate tecnológico que se espera continúe durante las discusiones OTAN-UE. Acordar un plan de acción para este ámbito de cooperación será complicado, ya que las empresas de la UE no tienen por qué pensar lo mismo que las estadounidenses y la OTAN y la UE se verán obligadas a llegar a acuerdos difíciles¹¹⁴.

En segundo lugar, al hablar de los obstáculos a la cooperación, el factor económico, es decir, la cuestión de los gastos de defensa, es también una fuente de fricción. La disponibilidad de capacidades (*resource capabilities*) tiene un claro impacto en el nivel y el tipo de ambición de la cooperación interorganizacional¹¹⁵. Aunque los ámbitos de cooperación puedan ser comunes, los medios disponibles para abordarlos pueden no ser equivalentes; la necesidad de recursos es un factor clave para la cooperación¹¹⁶. Además, las diferencias en la inversión en defensa de la OTAN y la UE pueden comprometer la interoperabilidad entre ambas organizaciones.

Un tercer obstáculo importante es el conjunto de intereses políticos de los Estados que componen las organizaciones¹¹⁷. A pesar de los valores y objetivos compartidos, las agendas nacionales pueden impulsar y limitar los acuerdos. Como hemos visto, los mecanismos informales de cooperación entre la UE y la OTAN intentan –y a veces consiguen– superar el papel dominante de los intereses nacionales mediante un enfoque pragmático y más flexible. Sin embargo, a pesar de los triunfos de la funcionalidad, esta es infalible, ya que no siempre consigue desencadenar cambios o compensar la falta de acuerdos formales¹¹⁸. El “problema de la participación” entre Chipre y Turquía es el ejemplo más flagrante de cómo dos países pueden mantener secuestradas a dos organizaciones debido a batallas territoriales en su agenda¹¹⁹. En

European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the European Defence Action Plan COM(2016) 950 final. Bruselas, 30 de noviembre 2016 https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/com_2016_950_fl_communication_from_commission_to_inst_en_v5_p1_869631.pdf

113 Se trata de un ámbito en el que Estados Unidos ha intentado imponer con fuerza su política. Por ejemplo, en relación con las discusiones sobre 5G, los Estados Unidos han recurrido a la OTAN como una forma de imponer su agenda contra el 5G chino, lo que ha provocado el recelo de algunos aliados y Estados miembros de la UE. IFTIMIE, I. A., “NATO’s Needed Offensive Cyber Capabilities”, *NDC Policy Brief*, 10, 2020, pp. 10–13 (p. 2).

114 En los últimos años se han organizado charlas y talleres con personal de la OTAN y la UE para debatir sobre el impacto de las tecnologías disruptivas en el seno de los Consejos de la OTAN y la UE. FIOTT, D., *Strategic Investment: Making Geopolitical Sense of the EU’s Defence Industrial Policy*, European Union Institute for Security Studies (EUISS), Paris, 2019, pp. 10–11; NATO and EU Councils, *Fifth Progress Report*, p. 3.

115 DUKE, S., *op. cit.*, p. 37; CORNISH, P., *op. cit.*, p. 16.

116 Koops, J. A., “Theorising Inter-Organisational Relations: The ‘EU-NATO Relationship’ as a Catalytic Case Study”, *European Security*, 26.3, 2017, pp. 315–39, p. 328.

117 Shimizu, H. y Sandler, T., “Recent Peacekeeping Burden Sharing”, *Applied Economics Letters*, 17.15, 2010, pp. 1479–1584, p. 1579.

118 GEBHARD, C. y SMITH, S. J., *op. cit.*, p. 111.

119 HOFMANN, S. C., “Overlapping (...)”, *op. cit.*, p. 47; Smith, S. J. y Gebhard, C., *op. cit.*, pp. 305–306.

la actualidad, Turquía sigue impidiendo a Chipre asistir a las reuniones del Consejo del Atlántico Norte-PSC o participar en el programa APP, y Chipre ha limitado en ocasiones el alcance de los debates en las reuniones OTAN-UE a las cuestiones de Berlín Plus, un marco obsoleto que excluye preocupaciones actuales comunes como la guerra de Ucrania o la lucha contra el terrorismo¹²⁰. Estas estrategias impiden trabajar con éxito en muchos niveles, incluida la falta de un código de conducta común establecido y delineado por ambas organizaciones cuando las dos están sobre el terreno simultáneamente¹²¹. Chipre no está a favor de bloquear la cooperación con la OTAN *per se*, pero tampoco de ser excluido. En cualquier caso, siempre cuenta con el apoyo incondicional de Grecia y de la UE, basado en los principios de inclusividad y reciprocidad. Así pues, la siempre presente cuestión Chipre-Grecia-Turquía es un obstáculo histórico y político, que probablemente seguirá existiendo a pesar del triunfo de los mecanismos informales en otros ámbitos de la relación¹²².

La UE sigue trabajando para superar su “síndrome de doble personalidad”¹²³ y alcanzar una posición única sobre el lugar que quiere ocupar como actor de seguridad en la relación con la OTAN en el contexto de la llamada “competencia de grandes potencias” (*great power competition*)¹²⁴. De ahí que ese cuarto reto constituya un obstáculo clave para el desarrollo de una relación sólida entre la UE y la OTAN¹²⁵, que incluya cómo definir la postura de la UE y cómo ésta puede ser compatible con la OTAN. Hay que tener en cuenta que la UE constituye tanto un actor por derecho propio como un escenario para que sus Estados miembros articulen y proyecten sus intereses particulares. De hecho, ha habido discrepancias entre los Estados miembros de la UE y de la OTAN a la hora de priorizar qué proveedor de seguridad debe llevar a cabo una misión específica¹²⁶.

Las diferencias no sólo están en las prioridades, en la inversión o en las capacidades, sino también en las metodologías y en los niveles de apertura y clasificación. La OTAN se basa en la clasificación de la información y la UE es una organización basada en la transparencia. Se trata, por lo tanto, de un obstáculo operativo que puede plantear problemas de coordinación a

120 CLADI, L. y LOCATELLI, A., *op. cit.*, p. 7.

121 HOFMANN, S. C., “Overlapping (...)”, *op. cit.*, p. 48.

122 OJANEN, H., “The EU as a Security Actor. In and with the UN and NATO”, en Blavoukos, S. y Bourantanis, D. (eds.), *The EU Presence in International Organizations*, Routledge, London, 2011, pp. 61–77, p. 71.

123 Blavoukos, S. y Bourantanis, D., “Conclusions”, en Blavoukos, S. y Bourantanis, D. (eds.), *The EU Presence in International Organizations*, Routledge, London, 2011, pp. 170–80, p. 171.

124 SAVOY, C. M. y STAGUHN, J. (2022). “Global Development in an Era of Great Power Competition”, *Center for Strategic and International Studies*, 24 marzo de 2024. Disponible en: www.csis.org/analysis/global-development-era-great-power-competition

125 SIMÓN, L., “EU-NATO Cooperation In An Era Of Great-Power Competition”, *Policy Brief of the German Marshall Fund of the United States*, 28, 2019, pp. 1–6.

126 Como cuando algunos miembros de la UE dieron prioridad a la UE para llevar a cabo misiones militares en el Océano Índico (la mencionada *EUNAVFOR Somalia*, también conocida como *Atalanta*) o durante la crisis de Darfur en 2005, cuando Francia, Alemania y Grecia optaron por intervenir bajo el paraguas de la Unión Europea (aportando capacidad de transporte aéreo), mientras que Italia, los Países Bajos y el Reino Unido decidieron canalizar su contribución a través de la OTAN. Riddervold, M., *op. cit.*, p. 547; Touzovskaia, N., *op. cit.*, p. 252.

nivel militar. La OTAN trabaja con todas las fuentes de inteligencia –incluido el ámbito cibernético–, pero esas fuentes de inteligencia están clasificadas. La UE, por el contrario, opera de forma mucho más abierta. Asimismo, puede haber otros obstáculos operativos, como la maximización del mandato institucional que se produce cuando ambas organizaciones exacerbaban sus mandatos para poder actuar de forma más autónoma; posibles controversias relacionadas con la primacía o jerarquía entre el artículo 5 de la OTAN y los artículos 42.7 del Tratado de la UE¹²⁷; o autoconcepciones estratégicas divergentes, es decir, problemas derivados de la atribución del mérito de “preservar la paz” o por el intento de alcanzar mayores cuotas de éxito¹²⁸. Todas estas cuestiones deben tenerse en cuenta, ya que tienen el potencial de conducir a una situación de rivalidad. Sin embargo, si se comparan con los obstáculos anteriormente mencionados, estos retos pueden considerarse un problema residual de la duplicación y el solapamiento entre ambas organizaciones.

Por último, para culminar esta sección, puede concluirse que la relación entre la OTAN y la UE se encuentra actualmente en uno de sus mejores momentos. Aunque a lo largo de dos décadas la interacción ha experimentado altibajos, incluido el deterioro provocado por las agendas políticas y estratégicas de algunos de sus respectivos miembros, la eficacia de los mecanismos informales de cooperación ha conseguido superar importantes obstáculos. La combinación de estos últimos y la voluntad política tanto de la OTAN como de la UE ha conseguido invertir la línea de tendencia de esta relación hacia la presente positiva situación. En cualquier caso, en el cambiante escenario de hoy en día, ni siquiera la actual armonía puede garantizarse de forma permanente, por lo que no debe darse por sentada.

V. POSIBLES FACTORES DETERMINANTES EN LA EVOLUCIÓN DE LA COOPERACIÓN

La arquitectura europea de seguridad está en permanente transición. No se trata de un sistema estático, sino en constante evolución. Esta situación fluctuante no es nueva, ya que las organizaciones analizadas han estado sujetas a una adaptación permanente a lo largo de treinta años de grandes cambios en las relaciones internacionales. Su capacidad de adaptación demuestra que la OTAN y la UE han conseguido seguir siendo lo suficientemente relevantes como para sobrevivir a los cambios que han tenido lugar desde el final de la Guerra Fría. Pero, al mismo tiempo, la solidez institucional que les ha permitido perdurar durante tres décadas también está dificultando que estas organizaciones sigan adaptándose con la suficiente rapidez a los próximos retos del siglo XXI. Aunque se siguen detectando ciertas tendencias positivas, esta arquitectura se encuentra actualmente sometida a tensiones, presionada desde diferentes ámbitos: retos externos, problemas internos de cada organización y tendencias de interacción complejas.

127 En la práctica, sin embargo, este solapamiento potencial entre los artículos mencionados no se produce en la medida en que el país que invoca uno u otro artículo no está sujeto a ninguna jerarquía, sino que decide en función de su soberanía. Cualquier aliado de la OTAN que también sea miembro de la UE puede optar por invocar la vía del artículo 5 de la OTAN o el artículo 42.7 del TUE para activar la “ayuda y asistencia por todos los medios”.

128 Szewczyk, B. M. J., *op. cit.*, p. 24.

Junto a las siempre presentes amenazas externas a la seguridad a las que deben hacer frente tanto por separado como en conjunto, estas dos organizaciones proveedoras de seguridad también presentan problemas internos, que suelen estar estrechamente relacionados con las agendas nacionales de algunos de sus Estados miembros. Así, los desequilibrios de poder, las estrategias desiguales y las prioridades divergentes suelen ser una fuente de fricción o, cuanto menos, de desencuentro, que socava la eficacia de estas organizaciones. En este sentido, el papel dominante de Estados Unidos dentro de la OTAN, la forma en que los esfuerzos estratégicos de Turquía se desvían a menudo de los objetivos de la Alianza en sentido amplio y la multiplicidad de culturas de seguridad dentro de la UE son claros ejemplos de elementos capaces de afectar la cooperación. Naturalmente, también existen problemas internos de naturaleza no política, como las cuestiones de interoperabilidad y la constante falta de recursos. Sin embargo, la cuestión principal –las divergencias entre los Estados miembros de cada organización– no sólo afecta a la actuación de las propias organizaciones, sino que también incide en las relaciones interorganizacionales, que es de lo que se ha ocupado este artículo.

En la actualidad, la interacción entre estas organizaciones viene definida por la expansión de la OTAN más allá de la agenda de disuasión y defensa y la continua búsqueda de autonomía estratégica por parte de la UE –incluyendo un mayor desarrollo de su política de defensa–. Otro punto relevante para entender las sinergias actuales entre organizaciones es la crisis y posterior guerra de Ucrania, que sin duda supuso un punto de inflexión para ellas y para sus tendencias de interacción. Ya tras la anexión de Crimea por parte de Rusia, la UE y la OTAN se dieron cuenta de que necesitaban aunar fuerzas y capacidades si querían hacer frente a la situación de guerra en el flanco oriental¹²⁹.

Aunque la ventaja comparativa de la OTAN sigue siendo su fuerza militar en el campo de la disuasión y la defensa, y la de la UE sigue siendo la gestión político-militar de crisis desde un planteamiento general, la expansión de sus respectivas agendas hacia los dominios tradicionales de la otra puede provocar un cierto grado de solapamiento o incluso un cierto nivel de competencia. La cada vez mayor cooperación militar y de defensa entre los miembros de la UE puede acabar cayendo dentro del ámbito que tradicionalmente ha sido responsabilidad de la Alianza, y la OTAN, cada vez más interesada en la vertiente civil y política de la gestión de crisis, es posible que acabe presentándose como una alternativa a la UE en ese terreno. Por el momento, la autonomía estratégica de la UE dista mucho de ser una realidad, y la OTAN sigue siendo la referencia de la defensa europea. Además, la UE y la OTAN también se refuerzan mutuamente. La OTAN se beneficia de una PCSD fuerte y del poder regulador de la UE tanto como esta última se beneficia de la credibilidad de la disuasión y la postura defensiva de la OTAN. La división de tareas ha sido a menudo posible cuando las dos organizaciones han coincidido en escenarios y los esfuerzos conjuntos se traducen en avances cooperativos en campos como las amenazas híbridas o la seguridad marítima. En resumen, la cooperación, y no la rivalidad, es el objetivo actual de estas dos organizaciones independientes pero codependientes, con un importante solapamiento en cuanto a miembros. Tras

129 Al mismo tiempo, la UE también recurrió a la OSCE como única organización en la que estaban presentes todas las partes implicadas, aunque esta se encuentra estancada, precisamente, por los intereses contrapuestos de los participantes en su seno, e incapaz de evitar la escalada del conflicto

años de relegar esta cooperación a canales informales subóptimos por el bloqueo que provocaba el “problema de la participación”, las Declaraciones Conjuntas de 2016 y 2018, y, aunque más breve, también la de 2023, han reorientado la comunicación hacia la formalidad. El compromiso obtenido al más alto nivel político está calando y extendiéndose tanto en la OTAN como en la UE. Sin embargo, no deben subestimarse los intereses nacionales de los Estados individuales, ya que tienen el potencial de influir en esta interacción. Tal es el caso del papel central de Estados Unidos dentro de la OTAN –lo que demuestra que la política de Washington respecto a la Alianza tiene muchas probabilidades de afectar a la arquitectura de seguridad europea en general–, o, principalmente, las agendas nacionales de Turquía y Chipre. Estos dos Estados siguen manteniendo secuestradas a ambas organizaciones a la hora de avanzar en los aspectos más estratégicos de la cooperación, lo que permite a otros actores internacionales (como la ONU) beneficiarse del espacio generado por las tensiones institucionales. Por tanto, a pesar de los avances, el carácter informal y no estratégico de la actual relación UE-OTAN ha alcanzado un techo de cristal y su superación requeriría una gran voluntad política, inalcanzable por el momento, para que se desatara todo el potencial de esta cooperación.

Dado el estado de la cuestión y considerando los retos internos y externos a los que se enfrentan tanto las organizaciones individuales como la arquitectura de seguridad europea en su conjunto, se recomienda hacer un seguimiento de los siguientes factores, cuya evolución será decisiva en la definición de esta arquitectura en las próximas décadas:

5. La cooperación en materia de seguridad y defensa en el seno de la UE

En vista del nivel potencialmente variable de la implicación estadounidense en Europa y tras haber perdido a uno de sus Estados miembros con mayor capacidad militar, el Reino Unido, el tipo de cooperación que la UE consiga acordar en su seno en un futuro próximo será decisivo para la configuración de la arquitectura de seguridad europea.

La UE se sigue enfrentando a una falta de coherencia interna a la hora de adoptar decisiones en esta materia, como demuestra, por ejemplo, la reticencia de algunos Estados miembros a reforzar la PCSD. Sin embargo, la incertidumbre sobre la voluntad de Estados Unidos de seguir firmemente comprometido en la OTAN y las preocupaciones de la industria militar están empujando incluso a los Estados más atlantistas a considerar más seriamente la posibilidad de una UE más fuerte en términos tanto de seguridad como de defensa. La falta de capacidades para hacer frente a crisis simultáneas en un posible escenario sin Estados Unidos (y tras el Brexit, también sin el Reino Unido) inquieta a los Estados miembros de la UE. Varias de las cuestiones fundamentales a las que puede enfrentarse la UE, como la disuasión y la defensa frente a Rusia, o la eventual lucha contra una China más asertiva, no pueden llevarse a cabo eficazmente sin EE.UU. (o contra EE.UU.)¹³⁰.

130 Meijer, H. y Brooks, S. G., “Illusions of Autonomy: Why Europe Cannot Provide for Its Security If the United States Pulls Back”, *International Security*, 45(4), 2021, pp. 7–43.

El replanteamiento de los objetivos de seguridad y defensa de la UE ya está dando resultados: el Fondo Europeo de Defensa ha sido la primera incursión de la Comisión Europea en la financiación de la defensa y la PESCO está ganando terreno gracias a su avanzado marco jurídico innovador¹³¹. Ahora es el momento de que estos y otros avances de la UE se traduzcan en un cambio tangible en la base de capacidades de la UE y en su preparación para el despliegue¹³². A medida que se vaya produciendo ese cambio cabe esperar que EE.UU. muestre su preocupación, como ha venido haciendo al advertir a los europeos que no dupliquen los esfuerzos de la OTAN; no obstante, la UE debería seguir aumentando su propia contribución a la seguridad europea (tal y como solicitan los norteamericanos) e incrementar su coordinación e integración internas si pretende lograr ser autónoma en este ámbito. La autonomía estratégica no es la autonomía frente a alguien, sino la autonomía de hacer algo con socios si es posible y sola si es necesario¹³³. El escenario aconsejable sería, por tanto, que ambas organizaciones se dieran cuenta de que efectivamente son, en palabras de Lindstrom y Tardy, “socios esenciales”¹³⁴ y que, en consecuencia, la seguridad de una revierte en la de la otra.

6. Evolución de la implicación de EE.UU. en Europa en materia de seguridad y defensa

Sin pasar por alto la incertidumbre sobre la implicación de EE.UU. en la defensa europea, los expertos coinciden en que EE.UU. sigue comprometido con sus socios europeos, ya que la Alianza está suficientemente integrada como para garantizar la presencia estadounidense en Europa. Los llamamientos de los funcionarios estadounidenses a un reparto equitativo de la carga –insistiendo en que todos los aliados debían dedicar el 2% de su PIB a defensa para 2024-¹³⁵, la retórica del expresidente Trump sobre el artículo 5 o sus afirmaciones sobre la responsabilidad europea, dieron una imagen distorsionada al presentar a la OTAN en términos puramente transaccionales. Esto creó un *décalage* entre la narrativa política y el compromiso real estadounidense; que en términos de fondos y tropas ha aumentado *de facto* en suelo europeo para frenar la amenaza rusa.

Aunque el compromiso estadounidense en sí no se cuestiona, debería prestarse atención al nivel y al tipo de dicho compromiso, ya que seguirá disminuyendo a largo plazo. De hecho,

131 Martínez Cristóbal, D., “La situación estratégica y el funcionamiento de la cooperación estructurada permanente como instrumento de seguridad de defensa europea”, *Revista Electrónica De Estudios Internacionales*, 46, 2023, pp. 217–242.

132 Molina García, M. J. y Benedicto Solsona, M A., “Autonomía estratégica bajo el prisma de la Estrategia Global Europea: Directrices de su Marco Regulatorio”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 62, abril 2020, pp. 59-98.

133 GRAZIANO, C., “Greater European Strategic Autonomy”, *Conferencia GLOBSEC 2020 Digital Stage*, 27 agosto 2020. <www.globsec.org/news/globsec-2020-digital-stage-day-2-recap/>

134 LINDSTROM, G. y TARDY, T. (eds.), *The EU and NATO: The Essential Partners*, 1ª ed., EUISS and NATO Defence College, Paris, 2019.

135 SPERLING, J. y WEBBER, M. “Trump’s foreign policy and NATO: Exit and voice”. *Review of International Studies*, 45(3), 2020, pp. 511-526, p. 518. El compromiso de dedicar el 2% del PIB a defensa fue acordado en la cumbre de Gales, en 2014, cuando en ese momento tan solo los EE.UU., el Reino Unido y Grecia cumplían con la cuota.

a pesar de la elección de Joe Biden como Presidente (que trajo consigo el saneamiento del vínculo transatlántico) y con independencia de quien resulta elegido en las elecciones de 2024, el llamado “pívot hacia Asia” es una tendencia –presente desde hace décadas– que está cobrando fuerza rápidamente y que parece indicar que EE.UU. ya no considera a Europa su principal prioridad. A diferencia de otras preocupaciones a medio plazo, ésta es la que más inquieta a los europeos, especialmente ante la posible reelección de Donald Trump. Sin embargo, el hecho de que China se haya convertido en la principal prioridad geopolítica para los norteamericanos no impide que EE.UU. mantenga su compromiso con Europa, tal y como ha puesto de manifiesto la respuesta de la Alianza –estadounidenses incluidos– ante la guerra de Ucrania. Aunque algunos insistan en justificar el interés estadounidense en la OTAN por motivos estrictamente altruistas, la Alianza constituye un multiplicador de fuerzas para EE.UU., así como un elemento legitimador de su poder e influencia al que no debería renunciar.

Además, las misiones autónomas europeas en el territorio de “sus vecinos” (como las misiones y operaciones emprendidas por la UE en Estados como la República Centroafricana, la República Democrática del Congo o Mali) no solo no han sido mal vistas por los estadounidenses, sino que incluso fueron bienvenidas por el anterior presidente estadounidense, Donald Trump. Así se lo hizo saber al presidente francés Emmanuel Macron, uno de los más abiertos defensores de la autonomía estratégica de la UE. En definitiva, si el eje estadounidense sigue girando hacia China, podría ser más habitual encontrar a EE.UU. “liderando desde atrás”, de forma similar a lo que ocurrió en Libia, por ejemplo, donde EE.UU. mantuvo su implicación y presencia militar mientras concedía más protagonismo a sus socios europeos. Por supuesto, aunque el llamado “pívot hacia Asia” es una tendencia a largo plazo independiente del partido en el poder, es probable que la narrativa en Washington se matice en función de la administración gobernante.

En cualquier caso, las dudas sobre hasta qué punto EE.UU. está dispuesto a seguir involucrado en los asuntos de seguridad europeos en un contexto en el que Asia –y más concretamente China– es un desafío, provocan malestar entre los europeos. Estados del flanco oriental de la OTAN, como Polonia o los países bálticos, escucharon con preocupación el discurso del presidente estadounidense Trump en 2017, en el que no mencionó el artículo 5 TAN¹³⁶. Aunque más tarde pasó a incluirlo en sus declaraciones, esta actitud fue vista como una señal de debilitamiento de los compromisos estadounidenses. Esta incertidumbre, con la que Europa ha aprendido a convivir en las últimas décadas¹³⁷, también es vista como una oportunidad por algunos líderes europeos. En este sentido, la idea promovida por el presidente francés Macron de una Europa que debería “valerse por sí misma” tampoco es nueva, ya que hereda una tendencia seguida por Francia desde la política de “tous azimuts” de De Gaulle¹³⁸. Aunque desde una perspectiva económica este plan tendría sentido debido a una probable asociación

136 *Ibid.* p. 525

137 BRATTBERG, E. y VALÁŠEK, T., *EU Defense Cooperation: Progress Amid Transatlantic Concerns*. Carnegie Endowment for International Peace, 2019, p. 7

138 MACRON, E. “Initiative Pour l’Europe”, *Discours d’Emmanuel Macron Pour Une Europe Souveraine, Unie, Démocratique*, 26 de septiembre 2017

franco-alemana, desde una perspectiva militar no lo tendría. El Reino Unido es uno de los dos países más poderosos de Europa militarmente hablando, junto con Francia, y como ya no está en la UE, su posición tradicional a favor de mantener la defensa de Europa bajo el paraguas de la OTAN, se convierte ahora en su única opción. Hasta ahora, no hay consenso en la literatura sobre cómo influirá su condición de tercer Estado en el tipo de cooperación con el resto de los miembros de la UE y con la UE en su conjunto¹³⁹.

7. El impacto de la actuación rusa desde 2014

Las acciones de Rusia en Ucrania desde el 2014 repercutieron no sólo en las relaciones interinstitucionales de la UE con la OTAN, sino también en esta, con la incorporación de Suecia y Finlandia, y en la propia UE, como demuestran la Estrategia Global de la UE y el interés por reforzar la cooperación en materia de defensa. De hecho, el impulso de la defensa europea se debe en gran medida al resurgimiento de la competencia entre grandes potencias, de la que Rusia es claramente una parte fundamental. Prueba de la influencia de este país y de su peso en la configuración de la actual arquitectura de seguridad europea es que Rusia ha marcado la evolución de la OTAN y la UE en los últimos diez años mucho más de lo que lo hizo en los quince anteriores¹⁴⁰. En lo que respecta a la OTAN, el aumento *de facto* del compromiso estadounidense en suelo europeo también fue provocado en parte por la anexión de Crimea por Moscú, vista de hecho como una vuelta a la competición entre potencias. Esta tendencia no ha hecho más que incrementarse desde febrero del 2022.

Si bien de forma colateral, la actuación rusa también ha dejado al descubierto la débil capacidad de la industria militar occidental. Tras más de dos años de guerra en la que tanto la OTAN como la UE se han volcado con Ucrania en lo que a financiación militar y económica, respectivamente¹⁴¹, se refiere, su producción de armamento no parece ser suficiente para atender

139 CLADI, L. y LOCATELLI, A., *op. cit.*; DUKE, S., *op. cit.*; DUNN, D. H., & WEBBER, M., “The UK, the European Union and NATO: Brexit’s Unintended Consequences”, *Global Affairs*, 2(5), 2016, pp. 471–480.

140 A pesar de los conflictos de Nagorno-Karabaj, Osetia del Sur, Transnistria o la guerra civil de Georgia en 2008. Estos conflictos no fueron tomados en consideración militarmente por las organizaciones occidentales, a excepción de la CSCE, que permitió un marco de diálogo en crisis como la de Transnistria o en el conflicto de Nagorno-Karabaj. GREVI, G., HELLY, D., y KEOHANE, D., 2009, *op. cit.*, p. 140.

141 La OTAN ha suministrado a Ucrania una amplia gama de material militar (misiles antitanque, sistemas de defensa antiaérea, aviones no tripulados, artillería, munición y vehículos blindados), ha proporcionado adiestramiento a las Fuerzas Armadas ucranianas en las bases de la OTAN en Europa, preparándolas en técnicas especializadas para el manejo de equipos occidentales avanzados y para la realización de maniobras tácticas (avanzando paralelamente en la transición de los equipos de la era soviética al armamento estandarizado entre los miembros de la OTAN), y ha compartido información de inteligencia esencial para ayudar a Ucrania a elaborar estrategias y defenderse de los ataques rusos. Más información disponible en: <www.nato.int/cps/en/natohq/topics_192648.htm>. La Unión Europea, por su parte, ha apoyado a Ucrania de varias maneras, entre las que destacan el desembolso de unos 96.000 millones de dólares en ayuda financiera, militar, humanitaria y a los refugiados; la adopción de 13 paquetes de sanciones para frenar la financiación de la guerra de Putin; y acogiendo a millones de refugiados ucranianos, especialmente en Alemania, Polonia y la República Checa. Más información disponible en: <www.consilium.europa.eu/en/policies/eu-response-ukraine-invasion/>.

las necesidades ucranianas¹⁴². Tanto es así que, según el ministro de Defensa de Ucrania, su ejército precisa cuatro veces más proyectiles de artillería al mes de los que los EE.UU. y la UE eran capaces de producir antes de la invasión rusa¹⁴³. Son muchas las voces que, tras veinticinco años de disminución de los presupuestos de defensa, ahora se lamentan de la reducción que esto ha provocado en las capacidades industriales de defensa de Europa, sin embargo, revertir la situación es algo que lleva tiempo y los resultados de una reactivación tardarán todavía años en notarse¹⁴⁴. A ello deben también sumarse los problemas de la UE a la hora de poder entregar material militar a tiempo. Aunque el anuncio en la primavera del 2023 de la compra conjunta de munición y misiles para Ucrania supuso un nuevo paso hacia la autonomía militar de la UE, el retraso en la entrega de la mitad del apoyo militar prometido por Occidente al país complica la planificación militar y debilita la capacidad de defensa de las tropas ucranianas frente a las rusas¹⁴⁵. Ello no es sino una prueba más de la necesidad de reforzar la base industrial y tecnológica de defensa europea si ésta quiere posicionarse como un verdadero referente capaz de hacer frente a las exigencias que cabrá esperar en un futuro inminente.

Mientras la OTAN y la UE son el centro de este estudio, conviene recordar que quien asumió la responsabilidad de dar una primera respuesta a la crisis derivada de la anexión de Crimea en 2014 no fueron ni la OTAN ni la UE, sino la OSCE, organización regional en la que participan tanto Rusia como Ucrania, y que intentó ser una plataforma para dirimir desarreglos entre las diferentes visiones regionales¹⁴⁶. La UE, haciendo uso de su capacidad de actuar como actor unitario a través de su representación en la OSCE, también consiguió implicarse indirectamente en un contexto en el que se la consideraba parte del problema, debido a las aspiraciones europeas de una parte de la población ucraniana que chocaban con las aspiraciones rusas de un espacio postsoviético. Sin embargo, la OSCE fue incapaz de resolver la crisis de Ucrania, lo que no es de extrañar teniendo en cuenta los intereses absolutamente opuestos de las partes implicadas¹⁴⁷. Esta realidad puede extrapolarse a otras zonas de la OSCE como Bielorrusia y el Cáucaso. Los intentos de Rusia de mantener su posición dominante en las zonas de la antigua esfera de influencia soviética seguirán bloqueando la labor de la OSCE, y determinando así, sin duda, las actuaciones de la UE y la OTAN.

Por último, siguiendo con el posible impacto del comportamiento de la República Federal Rusa, también merece la pena prestar atención a las posibles alianzas que puedan surgir entre potencias históricamente alineadas, ya sea por razones culturales o incluso religiosas, en el

142 DEL AMO, P., “Desafíos en el suministro militar a Ucrania: la incapacidad de la industria militar occidental en tiempos de guerra de alta intensidad”, *ARI 111/2023*, Real Instituto Elcano, Madrid, 2023.

143 CAVERLEY, J. y KAPSTEIN, E., “Commoditized weapons in Ukraine: are the allies getting the procurement right?”, *War on the Rocks, Texas National Security Review*, August, 2023.

144 ARIES, H., GIEGERICH, B. y LAWRENSON, TIM, “The guns of Europe: Defence-industrial Challenges in a Time of War”, *Survival: Global Politics and Strategy*, June-July, 2023.

145 KULLAB, S., “Delays in promised Western military aid to Ukraine are costing lives, the defense minister says”, *Associated Press*, 26/02/2024. Disponible en: <<https://apnews.com/article/russia-ukraine-war-anniversary-ammunition-shortage-kyiv-a8909760655d83d2ffc0d67ad2a491ec>>

146 Ver notas 41 y 128. SMOLNIK, F., “Cooperation, Trust, Security?”, *SWP Research Paper (German Institute for International and Security Affairs)*, 16, 2019, pp. 1-32, p. 9.

147 KEMP, W., “Civilians in a War Zone: the OSCE in Eastern Ukraine”, en *OSCE Yearbook 2017*, Institut für Friedensforschung und Sicherheitspolitik (IFSH), Hamburgo, 2018, pp. 113-123, p. 113.

contexto de conflictos locales (que a menudo albergan guerras por el poder conocidas como *proxy wars*). En relación con esto, no sólo habría que tener en consideración que Rusia mantiene el predominio en una parte de Europa del Este y el Cáucaso, sino que también deberían vigilarse las aspiraciones hegemónicas turcas en lo que esta considera su área de influencia, así como la repercusión de estas dinámicas, en su caso, en las relaciones entre la OTAN y la UE.

8. Retos de seguridad no tradicionales en el horizonte europeo

Aunque quedan fuera del alcance de este estudio, hay otras tendencias que merecen, como mínimo, un seguimiento atento a medio plazo. La primera es el creciente papel de China en el mundo, tanto desde una perspectiva económica como militar. En las dos últimas décadas, China se ha desarrollado y también lo ha hecho su presencia económica en Europa, América, África y la región Asia-Pacífico en general. Aunque, por ahora, en palabras de Josep Borrell, el enfoque hacia China sigue siendo tríplico, considerando a la potencia asiática como país “socio, competidor y rival”¹⁴⁸, el peso relativo entre estos tres aspectos puede seguir cambiando. Además, su presencia militar también ha aumentado en los mares de China Oriental y Meridional, así como en otros lugares, como demuestran la ilustrativa base militar de Yibuti o la estratégica posesión del control operativo de puertos actualmente comerciales como Gwadar, el puerto marítimo más profundo del mundo, situado en Pakistán. Dada su creciente asertividad en Hong Kong, así como con Taiwán, Japón y otros vecinos aliados de Estados Unidos, no se pueden descartar conflictos indirectos. En caso de que se produzcan, y aunque Europa esté geográficamente lejos, su estrecha relación militar con Estados Unidos y su apego al valor de la democracia, pueden acabar implicando una mayor participación europea en Asia de lo que parece a primera vista. Otro reflejo más del innegable protagonismo de la región para la UE es la adopción en 2021 de su Estrategia para la Cooperación en la Región Indo-Pacífica¹⁴⁹.

Incluso si quien resulte ganador de las elecciones presidenciales estadounidenses en noviembre del 2024 y el Presidente Xi consiguen rebajar el tono de la retórica y la relación entre Estados Unidos y China se vuelve menos tensa, hay dos amenazas emergentes interconectadas que Europa no puede permitirse ignorar: los problemas de ciberseguridad y el desarrollo de la inteligencia artificial. A medida que el mundo se automatiza y las infraestructuras críticas están cada vez más controladas por la tecnología informática, quedan expuestas a ataques informáticos. A medida que avanza la tecnología, este tipo de amenaza no hará sino aumentar. Del mismo modo, los avances de la inteligencia artificial pueden acabar suponiendo una amenaza para Europa, que si bien presta mucha atención a los aspectos normativos, va por detrás de Estados Unidos y China en cuestiones técnicas.

148 OTAZU, J., “Borrell dice que a la Unión Europea no le interesa ‘echar a Rusia en brazos de China’”, Euroefe Euroactiv, 12 marzo de 2024. Disponible en: <<https://euroefe.euractiv.es/section/exteriores-y-defensa/interview/borrell-dice-que-a-la-union-europea-no-le-interesa-echar-a-rusia-en-brazos-de-china/>>

149 CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, “Conclusiones del Consejo sobre una estrategia para la Cooperación en la Región Indopacífica”, 16 de abril de 2021. Disponible en: <<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7914-2021-INIT/es/pdf>>

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Desde su fundación, la OTAN ha desempeñado un papel fundamental en la defensa Europa y de los Estados miembros de la UE, como reflejan los tratados y acuerdos que consolidan esta alianza transatlántica. La OTAN, con su capacidad militar integrada y su estructura de mando unificada, ha sido el principal garante de la defensa colectiva en Europa, proporcionando un marco para la respuesta a amenazas de seguridad tanto convencionales como no convencionales. Por su parte, la UE ha complementado este enfoque mediante el desarrollo de misiones civiles y militares fuera de sus fronteras, enfocándose en la gestión de crisis, la estabilización de regiones conflictivas y la promoción de la paz y la seguridad a nivel global.

A pesar de sus roles distintos pero compatibles, la cooperación entre la OTAN y la UE ha sido una constante durante más de dos décadas, fortaleciéndose e institucionalizando ciertos canales informales que mantuvieron a flote la relación en los momentos más difíciles. Si bien en los últimos años, la cooperación se ha hecho más estrecha y práctica –como reflejan las Resoluciones Conjuntas que adoptan numerosas medidas de actuación–, la relación ha tenido, y sigue teniendo que enfrentar importantes obstáculos derivados en su mayoría de la idiosincrasia de los propios miembros pertenecientes a una u otra organización. A superar algunos de estos obstáculos contribuiría resolver el peliagudo “problema de la participación”, así como la simplificación de los mecanismos de cooperación entre OTAN y UE.

A medida que la geopolítica global evoluciona, es crucial prestar atención a una serie de factores que influirán en el futuro de esta relación. Entre estos factores se incluyen las dinámicas políticas internas de los países miembros, las amenazas emergentes, los cambios en la política exterior de actores clave y la necesidad de adaptar las estructuras de seguridad a nuevas realidades tecnológicas y estratégicas. Estos elementos determinarán cómo la OTAN y la UE seguirán colaborando para garantizar la seguridad y la estabilidad tanto dentro como fuera de las fronteras europeas.

CRÓNICAS

CRÓNICA DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

POR C. QUESADA ALCALÁ, E. M. RUBIO FERNÁNDEZ, M. GARCÍA CASAS,
J.J. LASO PÉREZ, D. GONZÁLEZ GRECO Y E. JIMÉNEZ PINEDA,
A. M. ALDAZ CASANOVA, J. HELLMAN MORENO, M. E. SALAMANCA AGUADO,
Y A. D. ARRUFAT CÁRDAVA

COORDINADA POR E. M. RUBIO FERNÁNDEZ*
Y M. GARCÍA CASAS**

SUMARIO:

PROSECUTOR V. AL HASSAN AG ABDOUL AZIZ AG MOHAMED AG MAHMOUD: LA PERSPECTIVA DE GÉNERO UNA VEZ MÁS OLVIDADA POR LA CPI

POR C. QUESADA ALCALÁ pp. 409-413

LA OPINIÓN CONSULTIVA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA SOBRE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DERIVADAS DE LAS POLÍTICAS Y PRÁCTICAS DE ISRAEL EN EL TERRITORIO PALESTINO OCUPADO, INCLUIDO JERUSALÉN ESTE, DE 19 DE JULIO DE 2024

POR E. M. RUBIO FERNÁNDEZ..... pp. 415-421

MÁS DISCUSIONES SOBRE LAS MEDIDAS PROVISIONALES EN LA ORDEN DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA DE 23 DE MAYO DE 2024, *EMBAJADA DE MÉXICO EN QUITO* (MÉXICO c. ECUADOR)

POR M. GARCÍA CASAS pp. 423-426

LAS OBLIGACIONES DE TERCEROS ESTADOS EN LA GUERRA DE GAZA: COMENTARIO A LA ORDENANZA DE LA CIJ, DE 30 DE ABRIL DE 2024, EN EL ASUNTO NICARAGUA CONTRA ALEMANIA

POR J. J. LASO PÉREZ pp. 427-431

* Profesora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Universidad de Murcia (evanbio@um.es).

** Profesora de Derecho Internacional Público. Universidad Autónoma de Madrid (maria.garciac@uam.es).

LA OPINIÓN CONSULTIVA DICTADA POR EL TRIBUNAL INTERNACIONAL DEL DERECHO DEL MAR EL 21 DE MAYO DE 2024 EN RESPUESTA A LA SOLICITUD SOMETIDA POR LA COMISIÓN DE PEQUEÑOS ESTADOS INSULARES SOBRE CAMBIO CLIMÁTICO Y DERECHO INTERNACIONAL

POR D. GONZÁLEZ GRECO Y E. JIMÉNEZ PINEDA..... pp. 433-437

DERECHOS HUMANOS Y JUSTICIA CLIMÁTICA. LIDERAZGO DEL TEDH ANTE LA INACCIÓN DE LOS ESTADOS. STEDH *VEREIN KLIMASENIORINNEN SCHWEIZ AND OTHERS V. SWITZERLAND*

POR A. M. ALDAZ CASANOVA..... pp. 439-443

LA (EN OCASIONES) INCÓMODA Y OBTUSA RELACIÓN QUE SE DA ENTRE LA JUSTICIA INTERNACIONAL Y NACIONAL DE LA MANO DE LA INMUNIDAD DIPLOMÁTICA: UN ANÁLISIS DEL CASO *AYDIN SEFA AKAY c. TURQUÍA*

POR J. HELLMAN MORENO pp. 445-448

LA RESTRICCIÓN DEL ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL Y EL DERECHO DE ACCESO A UN TRIBUNAL: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN EL CASO *COUSO PERMUY c. ESPAÑA*

POR M. E. SALAMANCA AGUADO..... pp. 449-453

ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO Y ÓRGANOS DE TRATADOS: LA SENTENCIA 61/2024, DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 9 DE ABRIL DE 2024

POR A. D. ARRUFAT CÁRDAVA..... pp. 455-460

PROSECUTOR V. AL HASSAN AG ABDOUL AZIZ AG MOHAMED AG MAHMOUD: LA PERSPECTIVA DE GÉNERO UNA VEZ MÁS OLVIDADA POR LA CPI

CARMEN QUESADA ALCALÁ*

I. ANTECEDENTES: LA AUSENCIA DE LOS CRÍMENES DE ÍNDOLE SEXUAL

En 2019, Al Hassan Ag Abdoul Aziz fue acusado de los crímenes de lesa humanidad de tortura, violación, esclavitud sexual y otros actos inhumanos, en el contexto de la toma de las regiones del norte de Malí por parte de los grupos armados Ansar Eddine / Al Qaeda en el Magreb Islámico (AQMI), entre el 1 de abril de 2012 y el 28 de enero de 2013. El 26 de junio de 2024, la CPI dictó sentencia¹. Tras 4 años de enjuiciamiento, por mayoría, se le declaró culpable de crímenes contra la humanidad, en particular: tortura, persecución y otros tratos inhumanos. Igualmente, fue condenado por crímenes de guerra: tortura, atentados contra la dignidad personal, mutilaciones y tratos crueles, así como de emitir condena sin sentencia previa pronunciada por un tribunal legítimamente constituido. La mayoría estimó que Al Hassan cometió estos crímenes directamente, o contribuyó a ellos con otros, o los ayudó e instigó. Sin embargo, destacamos que el juez Mindua discrepó y absolvió a Al Hassan de todos los cargos, aparentemente basándose en que había actuado bajo coacción.

Lamentablemente, Al Hassan también fue absuelto de los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad de: violación, esclavitud sexual y matrimonio forzado, así como del crimen de guerra de atacar bienes protegidos. En efecto, la CPI concluyó que los crímenes de índole sexual habían sido perpetrados por miembros de la Hisba (policía moral) y no por miembros de la policía islámica bajo la autoridad de Al Hassan. A juicio de Seydou Doumbia², uno de los abogados que representaron a las 2.196 víctimas, esta apreciación de la Corte resulta incorrecta, si tenemos en cuenta que algunas de las violaciones se cometieron en lugares bajo la responsabilidad de Al Hassan y que miembros de su policía islámica estuvieron involucrados en los matrimonios forzados.

No es la primera vez que la CPI se muestra impasible ante los crímenes de índole sexual en su jurisprudencia. Así, la no inclusión de los crímenes de índole sexual en los cargos contra Lubanga, un señor de la guerra de la República Democrática del Congo condenado por reclutar niños soldado, resultó sin duda llamativa. De hecho, la jueza Elizabeth Odio Benito, en una

* Carmen Quesada Alcalá es Profesora Titular de Derecho Internacional Público de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) (cquesada@der.uned.es).

1 ICC, *Situation in the Republic of Mali in the case of the Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud*, Trial Chamber X, N° ICC-01/12-01/18, 26 June 2024.

2 <https://www.justiceinfo.net/en/133680-icc-mali-al-hassan-verdict-leaves-bitter-taste.html>, consultado por última vez el 15 de octubre de 2024.

opinión separada y disidente³, criticó la invisibilización de la violencia sexual sufrida por las víctimas y afirmó que esto conllevaba a la discriminación de las mismas.

Del mismo modo, en el caso que nos ocupa, y tal y como ha señalado la directora de Amnistía Internacional para África Occidental y Central: “[...] un sinnúmero de niñas y mujeres que han quedado atormentadas por la violación, la esclavitud sexual y otros actos de violencia sexual relacionados con el conflicto cometidos por la Policía Islámica se sentirán gravemente decepcionadas. La Sala confirmó que estos crímenes habían tenido lugar, pero no que Al Hassan tuviera responsabilidad penal por ellos. La causa de Al Hassan fue también la primera en la que se litigó la persecución por motivos de género en la CPI. Es esencial que redoblemos nuestros esfuerzos para que se haga justicia para las víctimas de estos crímenes, ya que la sentencia [...] reduce sus esperanzas.”⁴

La apreciación de la Fiscalía, en cambio, es totalmente distinta. Para Karim Khan, ésta es la primera vez que un acusado es procesado y condenado por persecución religiosa y por dictar sentencias sin el debido proceso⁵, lo que considera ya una muestra de justicia hacia la población de Tombuctú.

II. LA PERSECUCIÓN POR MOTIVOS DE GÉNERO: UNA OPORTUNIDAD PERDIDA

Hemos de resaltar que, si bien la persecución por motivos de índole religioso queda recogida en la sentencia, no se conserva, en cambio, el cargo de persecución por motivos de género. Si nos retrotraemos al pasado, en 2018, la Fiscalía emitió una orden de arresto contra Al Hassan por 13 cargos⁶, incluido un cargo de persecución por motivos de género y religión. Esta orden de detención se refería a su papel como jefe de facto de la Policía Islámica durante la ocupación de Tombuctú en 2012 por dos grupos islamistas, Ansar Dine y Al Qaeda en el Magreb Islámico (AQMI). El escrito de confirmación de cargos de la Fiscalía⁷ identificó a la población femenina de Tombuctú como objeto de persecución de género, argumentando que fueron ata-

3 ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Dissenting Opinion of Judge Odio Benito, No. ICC-01/04-01/06. Trial Chamber I, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, 10 July 2012, para.19-21.

4 <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2024/06/mali-icc-conviction-of-al-hassan-for-war-crimes-and-crimes-against-humanity-provides-a-measure-of-justice-for-victims/>, consultado por última vez el 15 de octubre de 2024.

5 <https://www.icc-cpi.int/news/icc-prosecutor-karim-aa-khan-kc-conviction-mr-al-hassan-ag-abdoul-aziz-ag-mohamed-ag-mahmoud#:~:text=I%20welcome%20today%E2%80%99s%20conviction%20of%20Mr%20Al%20Hassan,armed%20groups%20between%20April%202012%20and%20January%202013,> consultado por última vez el 15 de octubre de 2024.

6 ICC, *Situation in the Republic of Mali in the case of the Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud*, Under Seal, EX PARTE Prosecutor and Registrar, Warrant of Arrest for Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, Pre-Trial Chamber I, N° ICC-01/12-01/18, 27 March 2018.

7 ICC, *Situation in the Republic of Mali in the case of the Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud*, OPT, Public redacted version of the “Prosecution’s final written observations regarding confirmation of the charges”, 24 July 2019, N° ICC-01/12-01/18-430-Conf, ICC-01/12-01/18-430-Red, 10 October 2019

cadadas “debido a su género”. Estos ataques fueron “motivados por las opiniones discriminatorias de miembros de grupos e individuos [islamistas] sobre el papel y el comportamiento de las mujeres y las niñas”.

En 2019, por primera vez en la historia, la Sala de Cuestiones Preliminares confirmó el cargo de persecución de género⁸. La decisión abordó de manera integral los innumerables aspectos complejos del crimen, incluido su vínculo explícito con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En definitiva, coincidimos con Gauld⁹ en que, con esta decisión, se respaldó el género en tanto que construcción social y se abordó la interseccionalidad.

Sin embargo, la sentencia condenatoria no es reflejo de dichos avances. Podemos estimar que durante el tiempo que ha durado el juicio se han aportado pruebas de que las mujeres en Tombuctú han sido atacadas en función de su género¹⁰. Algunos de los hechos relatados en el juicio hacían referencia a que habían sido detenidas, obligadas a subir a un automóvil por hombres armados por motivos tales como que se les había caído el velo. Otros hechos relatados se referían a que algunas mujeres habían sido azotadas por estar con hombres diferentes a su marido, o a que se les había obligado a casarse por la fuerza o a mantenerse como esclavas sexuales. En cambio, los abogados que defendían a Al Hassan intentaron distanciarse del concepto de persecución por motivos de género, e intentaron debilitar y desacreditar a las víctimas.

Aunque Al Hassan fue absuelto por la mayoría de los jueces por los casos de persecución de género (2 contra 1), lo verdaderamente llamativo es la ausencia de puntos en común entre las distintas posiciones de los jueces de la CPI. De hecho, la jueza Akane, en su opinión separada y parcialmente disidente¹¹, simplemente consideró que las pruebas de persecución de género eran insuficientes para dictar una condena. Por el contrario, los jueces Prost y Mindua estimaron que los miembros de Ansar Dine/AQMI atacaron específicamente a mujeres y niñas locales por motivos de género, privándolas de algunos de sus derechos fundamentales debido a los roles, expectativas y conductas particulares que Ansar Dine/AQMI asignaba a su género.

Finalmente, como ya hemos anticipado, el presidente de la Sala, el juez Mindua, concluyó en su opinión separada¹² que Al Hassan actuó bajo coacción. En definitiva, sólo la jueza Prost,

8 ICC, *Situation in the Republic of Mali in the case of the Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud*, Pre-Trial Chamber I, Decision, Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges portées contre Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, N° ICC-01/12-01/18-461-Corr-Red, 13 November 2019.

9 GAULD, K., “Al Hassan Acquitted of Gender Persecution at the ICC”, *Oxford Human Rights Hub*, Jul 12, 2024, en <https://ohrh.law.ox.ac.uk/al-hassan-acquitted-of-gender-persecution-at-the-icc/>, consultado por última vez el 15 de octubre de 2024.

10 *Ibidem*.

11 ICC, *Situation in the Republic of Mali in the case of the Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud*, Separate and Partly Dissenting Opinion of Judge Tomoko Akane, N° ICC-01/12-01/18-2594-OPI, 26 June 2024.

12 ICC, *Situation in the Republic of Mali in the case of the Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud*, Trial Chamber, Opinion individuelle et partiellement dissidente du Juge Antoine Kesia-Mbe Mindua, N° ICC-01/12-01/18-2594-OPI3, 28 June 2024.

en su opinión separada¹³, habría condenado a Al Hassan por el crimen, al considerar que tal condena “habría reconocido con mayor precisión el daño sufrido por las víctimas femeninas en Tombuctú en ese momento”¹⁴. De este modo, aunque Al Hassan fue declarado culpable de persecución por motivos religiosos, lo que constituye una novedad, la jueza Prost concluyó que el género y la religión eran “dos motivos inseparables” y que una condena “debería reflejar la naturaleza múltiple e interseccional de los ataques contra las mujeres y niñas por Ansar Dine /AQIM”¹⁵.

III. CONCLUSIONES: UNA PUERTA ABIERTA A LA PERSECUCIÓN POR MOTIVOS DE GÉNERO

Hay autoras que reclaman la ausencia de la perspectiva de género en la jurisprudencia de la CPI¹⁶. En este sentido, la decisión de la CPI en relación con Al Hassan Ag Abdoul Aziz no hace sino confirmar dicha ausencia. Sin embargo, se ha abierto una puerta con dicha decisión, tal y como indica la declaración del Fiscal publicada después de la sentencia¹⁷: “La Oficina ahora estudiará cuidadosamente la sentencia, incluso con respecto al cargo de persecución de género... con miras a decidir cualquier posible acción futura”.

Igualmente, no podemos olvidar que la sentencia analizada puede ser objeto de apelación. De hecho, todo indica que se producirá la apelación de la Fiscalía. Mientras tanto, la Fiscalía está llevando a cabo dos juicios ligados a la persecución de género (los casos Said¹⁸ y Ali Kushayb¹⁹), y se ha emitido una orden de detención contra el ciudadano

13 ICC, *Situation in the Republic of Mali in the case of the Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud*, Trial Chamber, Separate and Partly Dissenting Opinion of Judge Kimberly Prost N° ICC-01/12-01/18-2594-OPI2, 26 June 2024.

14 *Ibidem*, párr.26.

15 *Ibidem*.

16 PAZ MORALES, N., “Ausencia de una perspectiva de género en la Corte Penal Internacional: una mirada al caso Fiscalía vs. Lubanga Dyilo”. *Anuario Iberoamericano De Derecho Internacional Penal ANIDIP*, n° 4, 2015, pp. 65-85. Véase también: Letter from Brigid Inder, Executive Director, Women’s Initiative for Gender Justice to Louis Moreno Ocampo, Prosecutor, International Criminal Court (Aug. 2006), en http://www.iccwomen.org/news/docs/Prosecutor_Letter_August_2006_Redacted.pdf; Beni Declaration by Women’s Rights and Human Rights NGOs from the Democratic Republic of the Congo on the Prosecutions by the ICC, Beni, North Kivu, DRC (Sept. 16, 2007) (citado en Julie Flint and Alex DeWaal, “Case Closed: A Prosecutor without Borders”, *World Affairs*, n° 14, 2009, pp. 23-38).

17 <https://www.icc-cpi.int/news/icc-prosecutor-karim-aa-khan-kc-conviction-mr-al-hassan-ag-abdoul-aziz-ag-mohamed-ag-mahmoud#:~:text=I%20welcome%20today%E2%80%99s%20conviction%20of%20Mr%20Al%20Hassan,armed%20groups%20between%20April%202012%20and%20January%202013>, consultado por última vez el 15 de octubre de 2024.

18 ICC, *The Prosecutor v. Mahamat Said Abdel Kani*, N° ICC-01/14-01/21, en <https://www.icc-cpi.int/carII/said>, consultado por última vez el 15 de octubre de 2024.

19 ICC, *The Prosecutor v. Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman (“Ali Kushayb”)*, N° ICC-02/05-01/20, <https://www.icc-cpi.int/darfur/abd-al-rahman>, consultado por última vez el 15 de octubre de 2024.

maliense y líder de Ansar Dine, Iyad Ag Ghaly²⁰. Coincidimos, así, con Davis ²¹, cuando afirma que este tipo de acciones llevadas a cabo por la CPI no hacen sino poner de relieve el rol importante que está destinado a jugar el crimen de persecución por motivos de género en la jurisprudencia de la Corte Penal, y en el ámbito del Derecho Internacional Penal en general.

20 ICC, Situation in Mali: ICC unseals arrest warrant against Iyad Ag Ghaly, 21 June 2024, en <https://www.icc-cpi.int/news/situation-mali-icc-unseals-arrest-warrant-against-iyad-ag-ghaly>, consultado por última vez el 15 de octubre de 2024.

21 DAVIS, L., “Dusting Off the Law Books: Recognizing Gender Persecution in Conflicts and Atrocities”, *Northwestern Journal of Human Rights*, Volume 20, nº 1, 2021, pp. 1-62.

LA OPINIÓN CONSULTIVA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA SOBRE *LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DERIVADAS DE LAS POLÍTICAS Y PRÁCTICAS DE ISRAEL EN EL TERRITORIO PALESTINO OCUPADO, INCLUIDO JERUSALÉN ESTE*, DE 19 DE JULIO DE 2024

EVA MARÍA RUBIO FERNÁNDEZ*

I. HECHOS

La Corte Internacional Justicia (CIJ, en adelante) emitió el 19 de julio de 2024 la celebrada Opinión Consultiva sobre *las consecuencias jurídicas derivadas de la políticas y prácticas de Israel en el Territorio Palestino Ocupado, incluido Jerusalén Este*¹, solicitada por la Asamblea General en su resolución 77/247, de 30 de diciembre de 2022 (para. 18)², tras su votación previa en la Comisión Política Especial y de Descolonización³, y con ciertas reticencias sobre el procedimiento seguido y la falta de un mayor debate entre los Estados Miembros⁴.

En 2022, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Michelle Bachelet, había informado del acuciado empeoramiento, en niveles inéditos, de la situación en Cisjordania y Jerusalén Oriental⁵. A su vez, el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos en los territorios palestinos ocupados desde 1967, Michael Lynk, había señalado en su informe que “la inexorable ocupación israelí se ha convertido en algo indistinguible de la anexión” y que el trato aplicado a la población palestina era calificable de

* Profesora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Universidad de Murcia (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 Sería, por tanto, un año y seis meses después de la recepción de esta solicitud por la Secretaría de la CIJ (Opinión consultiva, para. 1). Con un texto de 80 páginas de extensión, las declaraciones, declaraciones conjuntas, opiniones separadas y la opinión disidente, de sus integrantes (con la única excepción del juez Bhandari), casi duplicaron su extensión (141 páginas.). Todos los textos disponibles a través de: <https://www.icj-cij.org/case/186>.

2 Adoptada por 87 votos a favor, 26 en contra y 56 abstenciones (Doc. [A/77/PV.56\(Resumption 1\)](#)), de 30 de diciembre de 2022, pp. 4-5).

3 El borrador (Doc. A/C.4/77/L.12/Rev.1, de 10 de noviembre de 2022) se votaría con el resultado de 98 votos a favor, 17 votos en contra y 52 abstenciones (Asamblea General, *Press Release*, Doc. [GA/SPD/771](#), de 11 de noviembre de 2022).

4 Véanse las intervenciones de Portugal y Malta, Doc. [A/77/PV.56\(Resumption 1\)](#), pp. 4-6.

5 Informes sobre *la situación de los derechos humanos en el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental, y la obligación de garantizar la rendición de cuentas y la justicia*, Doc. [A/HRC/49/25](#), de 23 de febrero de 2022, especialmente paras. 4 y 45-46, y sobre *los asentamientos israelíes en el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental, y en el Golán sirio ocupado*, Doc. [A/HRC/49/85](#), de 28 de abril de 2022, especialmente paras. 3 y 51-56.

apartheid, señalando lo oportuno de apoyar la solicitud de una opinión consultiva sobre las consecuencias jurídicas de esta práctica⁶. Solicitud que, esbozada en términos similares a la finalmente formulada, también fue reclamada por la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental, e Israel⁷.

Teniendo en cuenta las exposiciones escritas y orales y los conjuntos de observaciones escritas, en este procedimiento consultivo participaron sesenta Estados Miembros de Naciones Unidas, un Estado Observador (Palestina) y tres Organizaciones Internacionales (Liga de Estados Árabes, Organización para la Cooperación Islámica y Unión Africana) (paras. 5, 7, 9 y 21), debiendo señalarse que Israel limitó su participación en este proceso a una escueta observación escrita⁸. Igualmente, en virtud de la Directiva Práctica XII, organizaciones no gubernamentales realizaron exposiciones escritas a iniciativa propia, disponibles para la consulta de las Naciones Unidas, los Estados Miembros y el resto de los participantes en el procedimiento en el portal web habilitado por la Secretaría de la CIJ (para. 17). A ello hay que sumar el volumen de la documentación aportada por la Secretaría de Naciones Unidas⁹, de donde la CIJ extraería los elementos probatorios principales para emitir esta opinión (para. 76). En otro orden de cosas, como era de esperar, su previa Opinión consultiva sobre *las consecuencias de la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado* (2004) (Opinión consultiva de 2004)¹⁰ tendría también peso específico en la que nos ocupa.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

Con carácter preliminar, tras la afirmación unánime de su jurisdicción (paras. 23-29) y en nuevo precedente en su *modus operandi* consultivo¹¹, la CIJ, partió de que solo razones imperiosas pueden llevarla a usar su discrecionalidad para declinar la emisión de esta opinión (para. 31), analizando las seis argumentaciones planteadas: su relación con una controversia bilateral, donde una parte no ha consentido la jurisdicción de la CIJ; las dudas sobre si asistiría a la Asamblea General en el cumplimiento de sus funciones; su negativa incidencia en el proceso de negociación entre Israel y Palestina; su carácter perjudicial para el trabajo del Consejo de Seguridad; la insuficiencia de información; y, el sesgo de las preguntas formuladas. Todas ellas serían rechazadas (paras. 33-49), con una sola disidencia¹².

6 Doc. A/HRC/49/87, de 12 de agosto de 2022, paras. 51-56. Retomaba, así, la sugerencia formulada en términos similares por su predecesor, John Dugard (Doc. A/A/HRC/4/17, de 29 de enero de 2007, p. 3).

7 Doc. A/77/328, de 14 de septiembre de 2022, para. 84.

8 De 5 páginas de extensión, con un anexo (disponibles en: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/186/186-20230724-wri-08-00-en.pdf> y <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/186/186-20230724-wri-08-01-en.pdf>). Israel declinó participar en la audiencia pública, a pesar de habersele concedido un turno de tres horas, al igual que a Palestina. La jueza Cleveland lamentaría este hecho (Opinión separada, para. 4) y el juez Nolte haría lo propio con la falta de un mayor estudio de los argumentos israelíes, disponibles en abierto, y de un mayor compromiso israelí en el suministro de información (Opinión separada, para. 7).

9 Sus 29.296 páginas, con las aportaciones gubernamentales, orales y escritas, montan más de 37.000 pp.

10 Disponible a través de <https://www.icj-cij.org/case/131>.

11 Especialmente crítica al respecto es la posición del juez Tladi (Declaración, paras. 7-10).

12 Véase la Opinión disidente de la vicepresidenta Sebutinde, pp. 18-21. Claro su liderazgo en esta recuperación de un aislado precedente de la CPJI, el resto de su plena disidencia parte de la aplicación del principio

A continuación, procedería con ahínco, mas con redacción confusa, a fijar el alcance y significado de lo solicitado. Así, tras reformular la primera pregunta para reivindicar su determinación de la legalidad de las políticas y prácticas señaladas por la Asamblea General (alcance material), desaprovechando la oportunidad para explicar el que, finalmente, sería el orden de su tratamiento, la CIJ partió de que, para esta opinión, el TPO constituía una unidad territorial única que incluía Cisjordania, Jerusalén Oriental y la Franja de Gaza (alcance territorial) (paras. 78-79). A su vez, correctamente, concluyó que la redacción de la pregunta excluía la conducta israelí respecto del ataque de Hamas y otros grupos armados, del 7 de octubre de 2023 (alcance temporal) (paras. 80-81). Respecto de la segunda pregunta (afectación del estatuto jurídico de la ocupación y legalidad de la presencia continua), la CIJ efectuaría una primera aproximación al que, posteriormente, vendría a ser el examen más profundo de su alcance (paras. 82, 244-251).

Ya inmersa en el fondo, la CIJ examinaría el régimen de la ocupación establecido en virtud del IV Convenio de Ginebra (1949), el Reglamento de La Haya (1907) y el Derecho Internacional general, para afirmar que, siendo la ocupación un estado temporal para responder a necesidades militares, mientras aquella dure se mantendrán las obligaciones de la Potencia ocupante, siendo su autoridad tolerada para el beneficio de la población local, sin que el paso del tiempo derive en el incremento de sus competencias, ni varíe su estatuto de acuerdo al Derecho Internacional Humanitario, dependiendo la legalidad de la ocupación en sí de su conformidad con la prohibición del uso de la fuerza y su corolario, la prohibición de adquisición territorial mediante este, y con el principio de libre determinación (paras. 104-110).

En el examen de la política de asentamiento, la CIJ entendería que esta solo se puede entender en curso sobre Cisjordania y Jerusalén Oriental, aunque fuera practicada en la Franja de Gaza, con los mismos perfiles, desde 1967 hasta 2005 (para. 114), una referencia esta última que resultaría igualmente controvertida¹³. En línea con diferentes extremos de su Opinión consultiva de 2004, la CIJ fundamentó minuciosamente su conclusión de que los asentamientos israelíes y su régimen asociado han sido establecidos y mantenidos en violación del Derecho Internacional (para 155).

Así, la CIJ considerará vulneradas la obligación de no deportar o transferir partes de su propia población al territorio ocupado, vistas las prácticas de incentivos, legalizaciones y construcción de infraestructura civil para integrar los asentamientos en su territorio (paras. 115-119); las obligaciones de respetar y no confiscar la propiedad privada, sin excepciones, y de no requisar o confiscar la propiedad pública, excepto por necesidades (solo) del ejército de ocupación, debiendo ser administrada en beneficio de la población local, no de la población asentada (paras. 120-123); y, la obligación de actuar como administrador y usufructuario de los recursos naturales del territorio ocupado, al no garantizar el adecuado suministro de víveres y

de *uti possidetis iuris* a Israel respaldando su soberanía territorial sobre todo el territorio del antiguo mandato al ser el único Estado existente cuando este se extinguió, así como del reconocimiento del principio de libre determinación del pueblo palestino en su dimensión interna, como autonomía dentro del Estado israelí o en la forma que este consienta en el proceso de negociación bilateral (pp. 21-36).

13 Véanse al respecto las consideraciones de la jueza Cleveland (Opinión separada, paras. 7-27) y los jueces Iwasawa (Opinión separada, paras. 3-8), Tomka, Abraham y Aurescu (Opinión conjunta, paras. 13-17)

agua a la población local del territorio ocupado, ni el uso sostenible, sin daño ambiental, de los recursos naturales, siendo imposible encontrar justificación a su actuación en las necesidades de la población israelí y conllevando, a su vez, la violación del derecho del pueblo palestino a la soberanía permanente sobre sus recursos naturales (paras. 124-133). También señalaría la infracción de la obligación de respetar el derecho vigente en el territorio ocupado, al haberse desbordado los límites de sus excepcionales y materialmente limitadas competencias legislativas en Cisjordania (al sustituir la ley local por su Derecho militar respecto de la población palestina y su Derecho Civil y Penal respecto de la población asentada ilegalmente) y en Jerusalén Oriental (al aplicar su Derecho nacional desde el inicio como si fuera su territorio) (para. 134-141). Violada se entendería también la prohibición de traslados forzados, por entender que las prácticas y políticas desplegadas no dejan a la población local más opción que desplazarse o abandonar el territorio ocupado, ni tienen carácter temporal (paras. 142-147). Por ende, señalaría el ambiente general de impunidad en el que la población asentada ejerce la violencia contra la población palestina y la fuerza innecesaria y desproporcionada de las fuerzas de seguridad israelíes en algunos supuestos, mereciendo una mención específica la violencia que por razón de género sufren las mujeres y niñas palestinas por colonos y dichas fuerzas de seguridad (paras. 148-154).

Tras conceptualizar la anexión, *de iure* y *de facto* (paras. 158-160), la CIJ concluirá que los actos israelíes son calificables de tales al estar diseñados para producir efectos irreversibles y permanentes de control en gran parte del TPO (para. 173). Respecto a Jerusalén Oriental, la CIJ profundizaría en cómo Israel le aplica su Derecho interno (en exclusiva), en el capcioso uso de la infraestructura para fomentar su integración con la parte Occidental de la ciudad y su separación de Cisjordania, y en la creación del ambiente hostil para población palestina, considerada extranjera. En relación con Cisjordania, examinaría la declaración de gran parte de su territorio como tierra estatal (israelí), limitando inmisericordemente el espacio vital palestino e impulsando su marcha, mientras se fortalece el régimen asociado a los asentamientos con su derecho interno y con la transferencia de competencias a las autoridades civiles, preparando la rápida integración del territorio palestino dentro de Israel (paras. 157-172). En consecuencia y después de aclarar el *ultra petitum* que supondría pronunciarse sobre las reclamaciones históricas sobre el territorio, la CIJ concluiría que estas políticas y prácticas de Israel son contrarias a la prohibición de adquisición del territorio por la fuerza (paras. 174-179).

Precisados el concepto de discriminación y el alcance limitado de su examen en esta opinión (paras. 180-191), en su examen de la legislación y medidas discriminatorias, la CIJ tendría como textos de referencia principal la Convención para la Eliminación de toda forma de Discriminación Racial (CEDR) (1965) y los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)¹⁴. Reiterando conclusiones, si bien con mayor profundización, la CIJ iría desmenuzando en racimo las normas y medidas adoptadas sobre la política de permisos de residencia, las restricciones de movimiento y las

14 La jueza Charlesworth, señalaría su cierta discrepancia con el enfoque de la CIJ, carente de análisis de la discriminación interseccional que sufren mujeres y niñas e infancia, en general, (Declaración, paras. 2-10). Posición acertada que, de haber sido acogida, habría aumentado la incorporación de la perspectiva de género en esta opinión consultiva.

demoliciones (punitivas y por falta de permiso) de las propiedades, cuya materialización y consecuencias inevitablemente la llevarían a afirmar que la Potencia ocupante da un trato diferenciado (negativo) a la población palestina en relación a la población ilegalmente asentada, imposible de justificar desde criterios objetivos y razonables o por la concurrencia de una finalidad pública legítima (paras. 180-223). Más aún. Planteada en el proceso su calificación como segregación racial o *apartheid*, de acuerdo con el artículo 3 de la CEDR, la CIJ, sin mayor precisión, señalaría la existencia de una *praxis* de separación, tanto física como jurídica, entre la población palestina y la asentada, transferida (paras. 223-229)¹⁵.

Delimitados los perfiles del principio de libre determinación en Derecho Internacional (paras. 230-233) y afirmado su carácter imperativo (para. 233 *in fine*)¹⁶, en uno de los aspectos que han sido más profusamente valorados y destacados de la opinión consultiva, la CIJ, en nueva referencia cruzada con conclusiones previas, estimó violada la obligación israelí de no impedir el ejercicio del derecho a la libre determinación del pueblo palestino, “incluido su derecho a un Estado independiente y soberano”¹⁷, sobre la totalidad del TPO; vulnerada la protección de la integridad del pueblo palestino como tal; infringida la obligación de respetar la soberanía permanente del pueblo palestino sobre sus recursos naturales en el TPO; y obstruido su derecho a determinar su estatuto jurídico y a lograr su desarrollo económico, social y cultural, elemento principal del derecho a la libre determinación (paras. 234-243).

Finalmente, en sistemática un tanto farragosa, especialmente al inicio de su abordaje de la segunda pregunta formulada por la Asamblea General, la CIJ concluirá que las políticas y prácticas analizadas han provocado cambios en el carácter físico, el estatuto jurídico, la composición demográfica y la integridad territorial del TPO, en especial en Cisjordania y Jerusalén Este, expresivos de una intención de convertir la ocupación en permanente e irreversible y constitutivos de la violación del principio de libre determinación y del principio de prohibición del uso de la fuerza en lo que adquisición territorial se refiere, sin que el acuerdo de las partes (esto es, los Acuerdos de Oslo), ni las necesidades militares puedan ser invocados como base jurídica de dicha presencia permanente (paras. 244-264). La ocupación israelí torna así ilegal (paras. 264, 267), en lo que ha sido señalado como un salto argumentativo susceptible de crítica y a lo que cabe entender referidos los diferentes posicionamientos de parte de la composición de la Corte sobre el trato dado a la distinción entre la legalidad del origen de la ocupación (necesidad militar y prohibición del uso de la fuerza) y la de los actos llevados a cabo durante la ocupación¹⁸.

15 Sobre este extremo y los efectos de ese pronunciamiento aséptico, véase lo sostenido por el presidente Salam (Declaración, paras. 14-32) y los jueces Brant (Declaración, paras. 2-12), Iwasawa (Opinión separada, paras. 12-13), Nolte (Opinión separada, paras. 8-19) y Tladi (Declaración, paras. 36-41).

16 Ahondamientos en esta afirmación vendrían de la mano de los jueces y juezas Cleveland (Opinión separada, paras. 31-35), Gómez Robledo (Opinión separada, paras. 18-28), Tladi (Declaración, paras. 18-27), y Xue (Declaración, paras. 2-6, 10).

17 Para el juez Gómez Robledo, la CIJ debería haber tenido en cuenta la condición de Estado de Palestina (Opinión separada, paras. 4-17).

18 Al voto en contra de la vicepresidenta Sebuntide, y los jueces Tomka, Abraham y Aurescu, se sumarían los reparos de las juezas y jueces Charlesworth (paras. 11-27), Nolte y Cleveland (Declaración conjunta, paras. 3-8), Tladi (Declaración, paras. 42-54), Xue (Declaración, paras. 6-9) y Yusuf (Opinión Separada, paras.

En virtud del Derecho Internacional General, con referencias a su jurisprudencia previa, y teniendo carácter continuo los hechos ilícitos internacionales, la CIJ señalará que Israel tiene la obligación de poner fin a su presencia en el TPO a la mayor brevedad posible¹⁹, a cualquier nueva actividad de asentamiento, con la consiguiente evacuación de la población asentada²⁰, así como, a sus políticas y prácticas ilegales, y debe derogar la legislación y las medidas ilícitas, incluidas las discriminatorias y las de modificación demográfica, dismantelar el muro en las partes construidas en el TPO y permitir el regreso a su residencia original de la población palestina desplazada (paras. 267-270). Nada de ello afectará a la continuidad de sus obligaciones y responsabilidades derivadas del principio de libre determinación, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (paras. 264 y 272). A su vez, Israel está obligado a reparar plenamente el daño causado a la totalidad de las personas físicas y jurídicas concernidas²¹, con referencias específicas a la restitución de tierras, de bienes (inmuebles y muebles) embargados, de archivos y de la totalidad de bienes y propiedades culturales, debiendo en todo lo materialmente imposible de restituir, compensar a personas físicas y jurídicas que hayan sufrido cualquier tipo de daño material (paras. 270-271).

Respecto a la delimitación de las consecuencias jurídicas de otros Estados y de Naciones Unidas, cabe resaltar la elocuente ausencia de mención de los Proyectos de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional de los Estados y de las Organizaciones Internacionales por hecho ilícito internacional (2001 y 2011), y la continuidad de la resistencia de la CIJ, ya preocupante, a referirse al carácter imperativo de ciertas normas²².

Así, la mención de algunas resoluciones de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad y su propia jurisprudencia *acompañarán* la indicación por la CIJ de la obligación de todos los Estados de no reconocer como lícita ninguna situación derivada de la presencia ilegal de Israel en el TPO, excepto la derivada del acuerdo de las partes, así como la de no ayudar o prestar asistencia en el mantenimiento de dicha presencia²³. También, su obligación de mantener con Israel tratamientos diferenciados según vengán referidos a su propio territorio o al TPO (con cita específica a tratados internacionales, relaciones económicas y diplomáticas). Por ende, la CIJ recordará a los Estados Partes en el IV Convenio de Ginebra su obligación, respetando la Carta de Naciones Unidas y el Derecho Internacional, de hacer cumplir su texto a Israel (paras. 278-279).

3-17). Véase también M. MILANOVIC, “ICJ Delivers Advisory Opinion on the Legality of Israel’s Occupation of Palestinian Territories”, *Ejil:Talk!*, de 20 de julio de 2024, disponible en: <https://www.ejiltalk.org/icj-delivers-advisory-opinion-on-the-legality-of-israels-occupation-of-palestinian-territories/>

19 Con el voto en contra de la vicepresidenta Sebutinde, y los jueces Tomka, Abraham y Aurescu.

20 La vicepresidenta Sebutinde restaría sola en su discrepancia.

21 *Ídem*.

22 Como acertadamente ha sido recordado por los jueces Gómez Robledo (Opinión separada, para. 25) y Tladi (Declaración, paras. 15-17, 28-35) así como, a nivel patrio, por E. Orihuela Calatayud, el carácter de obligaciones *erga omnes* no se proyecta solo a las derivadas del *ius cogens*, teniendo estas últimas una condición jerárquicamente superior (“Conferencia inaugural”, en I Jornada Ordinaria de la Red AEPDIRI de Investigadores/as en las primeras etapas de su carrera universitaria, Murcia, 6 de septiembre de 2024).

23 La redacción más concisa en el *dictum* contó con los votos en contra de la vicepresidenta Sebutinde y los jueces Abraham y Aurescu. Para el presidente Salam, las negociaciones debían versar sobre las modalidades de cumplimiento de las obligaciones, y no sobre una retirada condicionada de Israel (Declaración, paras. 56-58).

Las graves violaciones de las obligaciones *erga omnes* y su importancia, así como un llamamiento efectuado por la Asamblea General enmarcarán la indicación a las organizaciones internacionales, incluida Naciones Unidas, de la obligación de no reconocer como legal la situación derivada de la presencia ilegal²⁴, así como la relativa al tratamiento diferenciado. A Naciones Unidas y, en particular, a la Asamblea General y al Consejo de Seguridad, con matiz diferente en texto y en *dictum*, la CIJ asignará la precisión de las modalidades y medidas adicionales que pongan fin a esta presencia ilegal (paras. 280-281)²⁵. Algo que el órgano plenario se aprestó a materializar en su resolución ES-10/24, de 18 de septiembre, donde, *inter alia*, exige a Israel que ponga fin a su presencia ilegal en el plazo de 12 meses después de su aprobación (para. 2).

III. CONSIDERACIONES FINALES

Nos encontramos ante una opinión consultiva de la Corte calificada como histórica y valiente, por las presiones que cabe pensar ha recibido su composición y por encontrarnos ante una situación altamente politizada respecto de la que se ha buscado hurtar, de forma premeditada y alevosa, la aplicación del Derecho Internacional en favor de una de las partes. No tanto por su contenido, pues, resulta, cuanto menos, dudoso que la CIJ hubiera podido llegar a conclusiones sustancialmente diferentes en el estadio vigente del Derecho Internacional sin arrogarse una condición de fuente de la cual carece y sin desligarse de lo señalado en su Opinión Consultiva de 2004.

Podría afirmarse que la CIJ aborda todas las cuestiones principales engarzadas a la solicitud efectuada en equilibrista ejercicio en aras del consenso más amplio posible, aunque en sacrificio de una mejor sistemática y de un mayor o uniforme rigor. La confidencialidad de sus deliberaciones hace imposible conocer el origen de sus sinuosos ejercicios de elusión en el análisis de algunas cuestiones. Tampoco resulta posible calibrar aún el impacto de la falta de vinculación clara de algunas consecuencias jurídicas a lo imperativo de las normas cuyas obligaciones se han vulnerado o el grado de cumplimiento y eficacia de las distinciones a las que la CIJ ha conminado al resto de Estados y a las Organizaciones Internacionales.

Lo cierto es que, si bien pocas esperanzas caben sobre el cumplimiento por Israel de las obligaciones internacionales que se han estimado violadas y surgidas de dichos ilícitos, es de justicia afirmar que la CIJ se ha pronunciado sobre aspectos que necesitaban hace tiempo de una voz jurisdiccional con la rotundidad empleada en beneficio del respeto del Derecho Internacional y ello ha de ser sobresalientemente valorado y altamente agradecido.

24 *Ídem* respecto del sentido de los votos.

25 *Ídem*.

MÁS DISCUSIONES SOBRE LAS MEDIDAS PROVISIONALES EN LA ORDEN DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA DE 23 DE MAYO DE 2024, *EMBAJADA DE MÉXICO EN QUITO* (MÉXICO C. ECUADOR)

MARÍA GARCÍA CASAS*

I. HECHOS

En esta orden emitida el 23 de mayo de 2024, la Corte Internacional de Justicia decide no ordenar ninguna de las medidas provisionales solicitadas en la demanda presentada por los Estados Unidos Mexicanos, el 11 de abril de este mismo año. La demanda se presentó ante la Corte Internacional de Justicia contra la República de Ecuador para que resolviera las cuestiones jurídicas surgidas a razón de los hechos del 5 de abril. En esa fecha, miembros armados de las fuerzas de seguridad de Ecuador entraron en la Embajada mexicana en Quito sin la autorización del jefe de la Misión, inmovilizaron al jefe adjunto de la Misión y se llevaron a la fuerza a Jorge Glas Espinel –antiguo vicepresidente de Ecuador, que se encontraba desde hacía meses en la Embajada, donde había solicitado asilo. Tras esos hechos, el Gobierno de México notificó a Ecuador su decisión de poner fin a las relaciones diplomáticas y consulares entre los dos países y anunció la retirada inminente del personal diplomático mexicano y el cierre indefinido de la Embajada. Ecuador, por su parte, declaró que la concesión de asilo diplomático al sr. Glas Espinel era ilegal, porque se había dictado para él prisión provisional en el seno de procedimientos penales por malversación de fondos públicos, entre otros delitos. Debido a la apreciación de un riesgo real e inminente de fuga, Ecuador decidió entrar a la Embajada.

Junto con el *petitum* principal, México solicitó a la Corte que ordenara a Ecuador la adopción de cuatro medidas provisionales: proporcionar protección y seguridad a los locales de la Misión diplomática, sus propiedades y archivos, evitando cualquier intrusión en ellos; permitir al gobierno mexicano vaciar los locales de la Misión y las residencias privadas de sus agentes diplomáticos; asegurar que no se va a tratar de predisponer a la Corte en contra de los derechos que México plantea vulnerados, en el pronunciamiento sobre el fondo; y que se abstenga de cualquier acto o conducta que pueda agravar la disputa.

II. CUESTIONES JURÍDICAS

La Corte recuerda que, para indicar medidas provisionales ex artículo 41 del Estatuto, necesita considerar probado que existe un riesgo real e inminente de que se produzca un perjuicio

* Profesora Ayudante Doctora de Derecho Internacional Público de la Universidad Autónoma de Madrid, 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).

irreparable a los derechos cuya tutela por parte de la Corte se busca con el procedimiento o que la desatención a estos derechos suponga consecuencias irreparables antes de que la Corte se pronuncie sobre el fondo (para. 28).

De acuerdo con México, el Estado de Ecuador ha mantenido una actitud continuada de desatención de las obligaciones para con los agentes y locales diplomáticos que, de acuerdo con la demanda. Es en ese contexto en el que se solicitan medidas orientadas a proteger los locales que han quedado vacantes, del riesgo inminente e irreparable de que se produzcan daños o confiscaciones que las autoridades estatales puedan llevar a cabo.

Por el contrario, Ecuador no encuentra probado que exista un riesgo real e inminente de que se dañen los derechos de México de forma irreparable. Indica que los acontecimientos del 5 de abril –el acceso forzoso a la Embajada– fue un hecho aislado, ocurrido en circunstancias excepcionales con el único objetivo de llevar al sr. Glas Espinel ante la justicia. No hay razón para suponer que pudiera repetirse una situación comparable (para. 26). Además, alega Ecuador que ya ha asegurado que respetará y protegerá los locales y los archivos, por lo que la posibilidad de que se produzcan entradas y registros son “pura especulación” (para. 27).

La Corte entiende que las garantías ofrecidas por Ecuador, públicamente ante la Corte y formuladas de forma incondicional, responden a las necesidades planteadas por México, cumplen con lo requerido por el artículo 45.a) de la Convención de Viena de Relaciones Diplomáticas y dan lugar a obligaciones jurídicas, pues forman parte de una declaración unilateral cuyo cumplimiento de buena fe se presume (pár. 33). Por todo ello, no se aprecia urgencia, en tanto que no existe un riesgo real e inminente de que se produzca un daño irreparable en los derechos alegados por México. Finaliza el argumento de la Orden con la siguiente afirmación: en tanto que las condiciones que deben concurrir para dictar medidas provisionales son cumulativas, una vez identificado que no concurre una de ellas, no es necesario examinar las demás.

La unanimidad en la decisión de no ordenar las medidas provisionales solicitadas no puede, sin embargo, ocultar una discusión acerca del examen realizado para desestimarlas, que se plasma en las cinco declaraciones emitidas por los jueces. Este disenso continúa la discusión acerca de la naturaleza y las condiciones de la adopción de las medidas provisionales que parece estar teniendo lugar en la Corte desde hace tiempo. En este caso, la discusión recae acerca de las condiciones necesarias para dictar las medidas provisionales y el proceso para evaluarlas.

De acuerdo con el juez Nolte, la Corte debería haber analizado las cuatro condiciones que deben concurrir para ordenar medidas provisionales (de acuerdo con la jurisprudencia de la CIJ estas son: la existencia de jurisdicción *prima facie*, la plausibilidad de los derechos reivindicados, la existencia de un nexo entre esos derechos y las medidas solicitadas y la urgencia, entendida como el riesgo real e inminente de un daño irreparable), pues todas están relacionadas entre sí y unas dependen de otras. Si bien son condiciones cumulativas, no basta con no encontrar una para descartar la adopción de medidas provisionales y, en ningún caso, puede dejar de analizarse la concurrencia de la jurisdicción *prima facie*, en tanto que es una precondition para la determinación de las otras condiciones. Llega a afirmar que sólo el breve relato de los hechos que llevan a la controversia entre los Estados constituye una asunción de la jurisdicción que requiere un pronunciamiento al respecto e implica un problema en tanto que,

si México decidiera solicitar medidas provisionales más adelante y en ese caso sí se observara urgencia, sería muy difícil para la Corte rechazar las medidas por falta de jurisdicción *prima facie*¹. Esta advertencia es especialmente pertinente porque, según la visión del juez, parece que este procedimiento abreviado es el que va a emplear la Corte en el futuro y es necesaria una aplicación adecuada y consistente de las condiciones que se han ido identificando para dictarlas. En ningún caso, advierte, el aumento en la solicitud de medidas provisionales de los últimos años puede implicar una mayor flexibilidad a la hora de evaluarlas.

Por el contrario, abogando por un examen abreviado de las condiciones para decretar medidas provisionales, el juez Bhandari indica que habiendo concedido el Estado demandado garantías de forma vinculante, sólo es necesario examinar una de las condiciones: la existencia de jurisdicción *prima facie*. No ve necesario entrar a analizar la concurrencia del resto de circunstancias cuando las garantías de cumplimiento ofrecidas por el Estado demandado coincidan con lo solicitado por el demandante como medidas provisionales. Así, discrepa con Nolte al optar por un análisis sumario cuando se hayan ofrecido garantías, aunque coinciden en la necesidad de determinar la jurisdicción *prima facie* de la Corte.

De las restantes declaraciones emitidas, dos abundan en las razones por las cuales se puede considerar que no hay urgencia que lleve a la Corte a dictar las medidas provisionales —se tratan de las declaraciones emitidas por el juez Gómez Robledo y la jueza Cleveland. Aunque las dos coinciden en el razonamiento de la Corte, y por supuesto en el sentido de su decisión, en ambos casos consideran que la explicación ofrecida por la Orden es demasiado sucinta y consideran apropiado explicar con algo más de detenimiento las razones para descartar la urgencia.

La última declaración, la del juez Aurescu, es la única que no se refiere a la evaluación de las condiciones para dictar medidas provisionales, sino que propone una práctica distinta de la habitual en la jurisprudencia: decretar la obligación de informar acerca del cumplimiento de las garantías ofrecidas en la declaración unilateral. A pesar de ser conocedor de que las obligaciones de informar a la Corte se ordenan cuando hay medidas provisionales que cumplir, de no agravar la disputa, en este caso se da una circunstancia excepcional: pues el Estado demandado también emitió una declaración unilateral asegurando que respetarían lo dispuesto por la Convención de Viena de relaciones diplomáticas, horas antes del asalto a la Embajada. Ambas declaraciones unilaterales producen efectos vinculantes y su cumplimiento de buena fe se presume. Por esa razón, el juez Aurescu entiende que podría haberse ordenado la obligación de informar sobre el cumplimiento, como apoyo a la implementación de esa tarea.

III. CONCLUSIONES

El aumento en el número de solicitudes de medidas provisionales ha supuesto, naturalmente, que los jueces de la Corte se encuentren a menudo aplicando el artículo 41 de su Estatuto ante

1 En todo caso, tras la valoración del caso, el juez Nolte explica que sí existe jurisdicción *prima facie* en este caso y hubiera sido fácil de justificar.

circunstancias muy variadas. Así, en los últimos años, hemos esperado con expectación² la publicación de las órdenes en las que se decidía sobre la solicitud de medidas provisionales, por la magnitud de los conflictos que propiciaban el inicio de los procedimientos ante la Corte y, en algunos casos, por la aparente desconexión de lo solicitado con la disputa llevada ante la Corte. Sin embargo, las medidas provisionales no son únicamente una preocupación de las partes o de los académicos. Los jueces de la Corte están manteniendo un debate acerca de las condiciones que deben apreciarse necesariamente para aplicar el poder que le confiere el artículo 41 de su Estatuto y sobre el incumplimiento de las ya ordenadas³.

En este caso, la llamada de atención que emiten algunos jueces sobre la necesidad de observar el procedimiento que la propia jurisprudencia de la Corte ha establecido es especialmente pertinente. El creciente recurso a la solicitud de medidas provisionales, mejor o peor justificadas, no puede encontrar una respuesta inconsistente –mucho menos arbitraria– por parte de los jueces de la Corte. El análisis de los requisitos que deben concurrir para ordenar medidas provisionales asegura la actuación de la Corte en el marco de sus competencias y, con ello, la legitimidad de este órgano internacional. Aunque estas discusiones no son nuevas⁴, sí se están dando en un momento en el que las instituciones internacionales deben esforzarse en resistir las invitaciones a servir a otros intereses distintos de la aplicación del Derecho internacional, por loables que pudieran parecer.

2 Expectación conocida y aprovechada por los solicitantes de estas medidas para lograr una respuesta rápida de la Corte, que ayudara a mantener la atención mediática en torno al caso, cfr. REMIRO BROTONS, A., “Inviolabilidad de la Misión y Asilo Diplomático (México c. Ecuador y viceversa)”, *Aquiescencia*, entrada del 13 de mayo de 2024 (<https://aquiescencia.net/2024/05/13/inviolabilidad-de-la-mision-y-asilo-diplomatico-mexico-c-ecuador-y-viceversa/>)

3 La discusión más reciente al respecto del incumplimiento de las medidas provisionales ordenadas se plasmó en las numerosas opiniones separadas y declaraciones al hilo de la sentencia de la Corte en el asunto 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, cfr. GARCÍA CASAS, M., “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)”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 47, junio 2024.

4 Christine Gray recoge las posiciones mantenidas por algunos jueces de la CIJ, desde hace mucho tiempo, en favor de desligar la imposición de las medidas provisionales de la jurisdicción *prima facie* de la Corte, cfr. GRAY, C., “The Use and Abuse of the International Court of Justice: Cases concerning the Use of Force after Nicaragua”, *European Journal of International Law*, vol. 14, núm. 5, 2003, pp. 867-905.

LAS OBLIGACIONES DE TERCEROS ESTADOS EN LA GUERRA DE GAZA: COMENTARIO A LA ORDENANZA DE LA CIJ, DE 30 DE ABRIL DE 2024, EN EL ASUNTO NICARAGUA CONTRA ALEMANIA

JAVIER LASO PÉREZ*

I. INTRODUCCIÓN Y HECHOS

La Corte Internacional de Justicia (CIJ) se ha pronunciado sobre la catastrófica situación en la franja de Gaza, a través de sucesivas medidas provisionales adoptadas en el asunto sobre la aplicación de la Convención sobre la prevención y castigo de crimen de genocidio en la franja de Gaza (*Sudáfrica v. Israel*)¹. El presente asunto amplía el conflicto jurídico a una nueva vertiente², vinculada con las obligaciones de terceros Estados con respecto a la exportación de armas hacia Israel³. Es cierto que las medidas provisionales no suponen un pronunciamiento definitivo de la CIJ, pero su argumentación permite, al menos, que los terceros Estados sean conscientes del riesgo de que se utilicen para cometer violaciones a la Convención de Genocidio o al Derecho Internacional Humanitario. Por otra parte, aunque no se vincule directamente con las operaciones militares en Gaza, la CIJ hizo pública el 19 de julio su *Opinión consultiva sobre las consecuencias jurídicas derivadas de las políticas y prácticas de Israel en los Territorios Palestinos Ocupados*, solicitada el 30 de diciembre de 2022 por la Asamblea General de Naciones Unidas, en donde también examina las obligaciones de los terceros Estados⁴.

Nicaragua interpuso su demanda contra Alemania el 1 de marzo de 2024⁵, en la que solicitaba que la Corte declarase la violación de diversas obligaciones internacionales, como consecuencia del apoyo financiero, político y militar a Israel: el deber de prevenir y no facilitar la comisión de un delito de genocidio; las normas de la Convención de Ginebra de 1949 y los principios del Derecho Internacional Humanitario, en las que se establece la obligación de todos

* Profesor Titular de Derecho Internacional Público, Universidad de Salamanca (jjlasop@usal.es).

1 Por todos, L. ARENAL LORA, “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 para la prevención y sanción del crimen de Genocidio en la franja de Gaza”, *REEI*, núm. 47, 2024-1; y las diversas contribuciones en la *REDI*, núm. 76, 2024-1.

2 La presente Ordenanza puede consultarse en: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/193/193-20240430-ord-01-00-en.pdf>.

3 Véase, por ej., la limitación en estas exportaciones, [UK arms exports to Israel – House of Commons Library](#)

4 Puede consultarse en <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/186/186-20240719-adv-01-00-en.pdf> (paras. 273-279).

5 Se trataba de una actuación inédita, según destacaba en su presentación oral en este asunto A. Peters, puesto que hasta entonces no se habían solicitado medidas provisionales contra un Estado por su eventual complicidad o falta de prevención en los actos cometidos por otro Estado.

los Estados de “hacer respetar” estas normas; y, por último, una diversa serie de normas con efectos *erga omnes*, a las que se hace referencia genérica por parte de la CIJ como otras normas de derecho internacional: la ayuda en la ocupación de los territorios palestinos, el régimen de *apartheid*, la negación del derecho a la libre determinación de los pueblos, o la obligación de aplicar la jurisdicción universal. La decisión se centró, expresamente, en los dos primeros ámbitos, sin entrar en aspectos sobre los que algunos jueces mostraron dudas de que hubiera cristalizado una controversia y que, además, tenían un alcance jurídico menos claro, por ej., es cuestionable que exista una obligación de aplicar el principio de la jurisdicción universal. Nicaragua invocó como fundamento de la competencia de la Corte, la cláusula compromisoria prevista en el art. IX de Convención sobre el Genocidio; y, además, la cláusula facultativa, prevista en el art. 36. 2 del Estatuto de la Corte, a partir de la cual ambos Estados aceptaron la jurisdicción de la CIJ mediante declaraciones unilaterales.

Como es cada vez más frecuente, solicitó en la demanda la adopción de determinadas medidas provisionales, petición que fue ratificada y reformulada en la fase oral. En concreto, Alemania debía suspender la ayuda militar y exportaciones de equipos militares y armas; asegurarse de que aquellos entregados no fueran utilizados de forma contraria a las obligaciones internacionales; y volver a colaborar con la Agencia de Naciones Unidas para los refugiados en Palestina (para. 11).

Por su parte, Alemania solicitó, al final de la vista oral, que se rechazara la indicación de medidas provisionales y que el asunto fuera retirado del registro del tribunal, debido a la ausencia manifiesta de competencia. En su defensa, Alemania no ocultó su firme apoyo a la seguridad y al derecho de defensa de Israel, que vendría condicionado por su propia responsabilidad histórica, sin que esto le impida también reconocer el derecho a la libre determinación del pueblo palestino.

La decisión del tribunal muestra una solución de compromiso. Por un lado, rechazó la petición de Alemania de retirar el asunto del registro del tribunal a través de una ordenanza con este alcance, recordando que esta actuación es excepcional, cuando se trata de una petición manifiestamente fuera de la competencia del tribunal. La CIJ podría haber decidido que no tenía competencia *prima facie*, pero esta decisión requeriría un examen que no le permite llevar a cabo la petición de Alemania (para. 21)⁶. Por otro lado, tampoco aceptó la petición de Nicaragua de adoptar medidas provisionales; concluye que, en función de las informaciones fácticas y los argumentos jurídicos presentados por la Partes, “en el momento presente”, no existían las circunstancias que requiere el ejercicio de su poder de indicar medidas provisionales previsto en el artículo 41 del Estatuto (para. 26), decisión que se adoptó por quince votos contra uno –el juez *ad hoc* propuesto por Nicaragua–.

En definitiva, se inclina por una solución intermedia, no adopta medidas provisionales, pero tampoco las rechaza de forma definitiva, dejando, así, la posibilidad, si fuera necesario, de

6 Así ocurrió cuando se demandó a un Estado que no la había ratificado la Convención de Genocidio (*Yugoslavia v. United States of America*), o que había interpuesto una reserva que excluía esta disposición (*Yugoslavia v. España*, Provisional Measures, Order of 2 June 1999).

volver a examinar esta cuestión⁷; en una aproximación calificada de pragmática⁸; su decisión se apoyó, esencialmente, en criterios fácticos, derivados del riguroso sistema de control de las exportaciones de armas, tanto en sus aspectos normativos como en la forma en la que se aplica, y la sustancial reducción en las exportaciones a Israel, expuestos de forma precisa por Alemania en la fase oral.

Después de la parte dispositiva de su decisión, en un ámbito que excede de la solución concreta del asunto y se vincula con su contribución, más general, a garantizar el respeto del Derecho Internacional, recuerda cuáles son las obligaciones básicas en esta materia: aquellas que se derivan del art. 1 común a las Convenciones de Ginebra (1949), así como el art. 1 del Protocolo Adicional de 1977, que se refieren a la obligación de respetar y hacer respetar el Derecho Internacional Humanitario y al art. 1 de la Convención de Genocidio (1948), en el que aparece la obligación de prevenir la comisión de un delito de Genocidio. En este momento, al igual que en las medidas provisionales adoptadas en el asunto *Sudáfrica v. Israel*, vuelve a reiterar su profunda preocupación por la situación en Gaza, que habría causado un amplio número de muertos y heridos, una destrucción masiva de viviendas, desplazamientos forzados de gran parte de la población y daños extensos de las infraestructuras, así como por las catastróficas condiciones de vida en la franja de Gaza, con la privación de alimentos y otros bienes básicos (para. 22).

En un contexto desesperanzador, puede destacarse que todos los participantes en el presente asunto reconocieron la obligatoriedad del deber de “hacer respetar” el Derecho Internacional humanitario y prevenir la comisión del delito de genocidio, que se extiende no solo hacia las autoridades internas sino hacia terceros Estados. En este marco, están obligados a adoptar medidas positivas, adoptando un comportamiento activo, evaluando con la debida diligencia los riesgos en la aplicación de estas normas, en particular, frente a aquellos Estados sobre los que puedan ejercer influencia.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

La decisión de la CIJ destaca por aquello que no aparece: no indica los motivos que han llevado a adoptar su pronunciamiento, sin que desarrolle ninguno de los criterios en su jurisprudencia para decidir sobre la necesidad de adoptar medidas provisionales. De esta forma, dejando de lado la peculiaridad de no rechazar o aceptar la petición, el aspecto más controvertido sería la limitada argumentación jurídica. El juez Al-Khasawneh, en su opinión disidente, además de considerar que se cumplían las exigencias para su adopción, criticaba agriamente la falta de argumentación jurídica de la decisión, que consideraba más propia de una decisión política. Esta sería contraria a la obligación de motivar sus decisiones, sobre todo en un contexto

7 Véase A. VERDEBOUT apunta que el tribunal habría hecho una retirada estratégica (“L’ordonnance sur les mesures conservatoires dans l’affaire Nicaragua c. Allemagne: un repli stratégique de la CIJ?”, *Note d’analyse du GRIP*, 26 september 2024, p. 2).

8 Véase A. WENTLER; R. STENDEL, “Taking the road less travelled: the ICJ’s pragmatic approach to provisional measures in Nicaragua v. Germany”, *EJIL: Talk*, May 3, 2024.

en el cual la Corte debía ser consciente de las implicaciones de su decisión para un amplio número de Estados. En un sentido completamente opuesto, la vicepresidenta Sebutine en su opinión separada, aunque votó a favor de la decisión, entendía que deberían haberse rechazado expresamente porque no se cumplirían los criterios que se requieren en su jurisprudencia, en particular, la competencia *prima facie*⁹.

Las opiniones separadas de algunos jueces permiten, con todo, comprender las razones que llevaron a la Corte a adoptar esta decisión: en esencia, se aprecia que la CIJ habría tenido en cuenta, fundamentalmente, la falta de urgencia en la adopción de estas medidas, en función de la forma en la cual se desarrolla el sistema de control alemán de la exportación de armas.

A este respecto, es ilustrativa la declaración del juez Iwasawa, que se siente obligado a desarrollar el razonamiento sumario de la Corte: considera que la cuestión fundamental es la falta de urgencia, no existiría un riesgo real e inminente de un perjuicio irreparable a los derechos invocados, antes de la adopción de la decisión final, como también indica la declaración de la jueza Cleveland. Curiosamente, aunque el juez Nolte no presentó en este asunto ninguna declaración, aprovechó un asunto posterior, en la orden sobre medidas provisionales adoptada en el asunto *Mexico v. Ecuador*¹⁰, para criticar duramente la falta de motivación en el asunto de *Nicaragua v. Alemania*, al tiempo que afirmó su acuerdo con las posiciones en las cuales se destacaba la falta de urgencia como elemento central en la decisión de la Corte. En principio, podría pensarse que la urgencia sería casi natural, en razón de la dramática situación en la franja de Gaza; pero el elemento clave aquí sería indirecto, en función de la eventual contribución a esta situación derivada de la exportación de armas por parte de Alemania; de manera que no existiría esta urgencia si se actúa con la suficiente diligencia en el control del comercio de armas, evitando que puedan utilizarse para cometer un delito de Genocidio o crímenes de guerra.

A pesar de que se alcanzó un punto de consenso (dejando de lado el voto en contra del juez *ad hoc*, Al-Khasawneh), la falta de examen de estos criterios esconde quizá divergencias sobre el alcance de cada uno de ellos. Es conocida la diversidad de posiciones sobre el alcance del elemento relativo a la invocación plausible de un derecho, criticada por su falta de coherencia y objetividad. En su declaración, el juez Iwasawa mantenía, con respecto a la aplicación del criterio de la plausibilidad, que debería limitarse a valorar la existencia misma del derecho, sin entrar a conocer sobre aspectos fácticos, es decir, sin buscar indicios de que su violación esté fundamentada, que se trasladarían al examen de la urgencia.

La resolución de medidas provisionales adoptada en el asunto de la Embajada de México en Quito, ha continuado en la misma línea que el asunto *Nicaragua v. Alemania*, negando la

9 Alemania negaba que el tribunal tuviera competencia y jurisdicción a primera vista, invocando el denominado principio del oro monetario, sobre el que se pronunció la CIJ en 1954, por cuanto se estaría prejuzgando el comportamiento de Israel; en cambio, Nicaragua destacaba que sólo se veían afectados intereses de Israel, pero su presencia no resultaba necesaria debido a que se estaba juzgando la actuación de un tercero, para lo que no era necesario determinar definitivamente si se estaba cometiendo un genocidio o crímenes de guerra. Sobre esta cuestión no se ha pronunciado la CIJ en las medidas provisionales.

10 Véase *Embassy of Mexico in Quito (Mexico v. Ecuador)*, Order of 19 July 2024, disponible en <https://www.icj-cij.org/case/194>.

adopción de medidas unilaterales debido a que faltaría el requisito de la urgencia y el carácter irreparable del daño, aspectos que suelen verse de forma casi simultánea. Afortunadamente, desarrolla de forma más precisa su decisión: en su motivación expresamente se refiere a que, debido al carácter cumulativo de los elementos desarrollados en su jurisprudencia, sería suficiente constatar que falte alguno para rechazar su adopción, sin tener que ocuparse del resto. En su declaración, el juez Nolte lamenta que este razonamiento pueda consolidarse como un modelo en el futuro; en su opinión, esta aproximación (que llaga a la decisión mediante un atajo), tiene debilidades, entre otras, porque de forma lógica, debería afirmarse previamente que se tiene competencia *prima facie* antes de entrar a valorar la urgencia.

La composición de la Corte se modificó en febrero, con cuatro nuevos jueces, algo que puede también haber facilitado el cambio de perspectiva. En definitiva, puede entenderse que la curiosa forma de decisión de la Corte en el asunto de Nicaragua c. Alemania, aunque quizá también sopesara aquello que fuera mejor para la más completa aplicación de las obligaciones internacionales, en esencia, muestra una respuesta a la carga de trabajo de la Corte, desde la economía procesal, y estaría dirigida a resolver de forma rápida la cantidad cada vez mayor de asuntos que se le presentan. Así, no sería necesario adoptar medidas provisionales cuando el Estado demandado haya asumido estas obligaciones a través de un compromiso unilateral, debido a la falta de urgencia, al igual que cuando coincidían con una resolución vinculante adoptada por el Consejo de Seguridad.

III. CONSIDERACIONES FINALES

La CIJ en este asunto ha adoptado una solución de compromiso, en una forma que le ha permitido esquivar algunas de los aspectos jurídicamente más complejos en este momento. Además, desde la perspectiva de la adopción de medidas provisionales, inicia una nueva aproximación, más flexible, que le permite responder de forma negativa sin posicionarse sobre todos los aspectos que requiere su jurisprudencia para otorgarlas.

En términos más generales, es expresión de una creciente multilateralización de la jurisdicción internacional, en el sentido de que terceros Estados, no directamente involucrados en el conflicto, acuden invocando la violación de obligaciones *erga omnes*. De igual forma, también refleja la creciente utilización instrumental de los órganos jurisdiccionales, por cuanto se busca, al margen incluso de la decisión final, otras ventajas, como señalar la relevancia de una determinada cuestión o reforzar un determinado.

OPINIÓN CONSULTIVA DICTADA POR EL TRIBUNAL INTERNACIONAL DEL DERECHO DEL MAR EL 21 DE MAYO DE 2024 EN RESPUESTA A LA SOLICITUD SOMETIDA POR LA COMISIÓN DE PEQUEÑOS ESTADOS INSULARES SOBRE CAMBIO CLIMÁTICO Y DERECHO INTERNACIONAL

DANIELA GONZÁLEZ GRECO, EDUARDO JIMÉNEZ PINEDA*

I. HECHOS

El Tribunal Internacional del Derecho del Mar, en su formación plenaria, dictó el 21 de mayo de 2024 una opinión consultiva en respuesta a la solicitud de dictamen sometida el 12 de diciembre de 2022 por la Comisión de Pequeños Estados Insulares sobre Cambio Climático y Derecho del Mar¹.

Como es sabido, el cambio climático representa actualmente uno de los grandes objetos de preocupación en la comunidad internacional –según el preámbulo del Acuerdo de París de 2015 es “un problema de toda la humanidad”²–, como ponen de relieve las distintas iniciativas que aspiran a obtener respuestas al mismo y a sus efectos desde el Derecho Internacional³. En este orden de ideas, el 31 de octubre de 2021, primer día de la 26ª Conferencia de Estados Parte en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, celebrada en Glasgow, los gobiernos de Antigua y Barbuda y de Tuvalu firmaron un *Acuerdo para el Establecimiento de una Comisión de Pequeños Estados Insulares sobre Cambio Climático y Derecho Internacional*⁴.

* Profesora Colaboradora Honoraria y Profesor Permanente Laboral (acreditado a Profesor Titular) (eduardo.jimenez.pineda@uco.es) en el área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Córdoba.

1 *Request for Advisory Opinion submitted by the Commission of Small Island States on Climate Change and International Law, Advisory Opinion, 21 May 2024, ITLOS Reports 2024*, en prensa. La opinión consultiva y los documentos relativos a este asunto pueden consultarse en: <https://www.itlos.org/en/main/cases/citations/>, última consulta 22/10/2024. Todas las traducciones son de los autores. Dicho dictamen contó las declaraciones individuales de los magistrados Jesus, Pawlak, Kulyk, Kittichaisaree e Infante Caffi.

2 A este respecto, podemos mencionar, además del Convenio Marco sobre Cambio Climático o del Acuerdo de París que se referirán más adelante, las siguientes resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas: la Resolución 76/205, de 17 de diciembre de 2021, sobre la *protección del clima mundial para las generaciones presentes y futuras*; o la Resolución 76/300, de 28 de julio de 2022, sobre *el derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible*.

3 Además de la opinión consultiva objeto del presente comentario, deben señalarse la solicitud de una opinión consultiva sobre cambio climático planteada por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas a la Corte Internacional de Justicia y, también, la solicitud de opinión consultiva sobre emergencia climática y derechos humanos planteada por Colombia y Chile a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

4 *Agreement for the establishment of the Commission of Small Island States on Climate Change and International Law*, adoptado el 31 de octubre de 2021. Puede consultarse en: https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/31/COSIS_Agreement__E_Fr_.pdf.

Este acuerdo, de tan solo cuatro artículos, prevé la creación de la Comisión solicitante del dictamen que nos ocupa y, de manera muy relevante, autoriza a dicha comisión a la petición de dictámenes consultivos al Tribunal Internacional del Derecho del Mar sobre cualquier cuestión jurídica comprendida en el ámbito de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM o Convención) que esté en conformidad con el artículo 21 del Estatuto del Tribunal y con el artículo 138 de su Reglamento. Sin duda, estos Estados, por medio de la Comisión creada a tal efecto, pretendían recorrer el camino iniciado a partir de la opinión consultiva dictada por el Tribunal en 2015 en respuesta a la solicitud que planteó la Comisión Subregional de Pesquerías, en la que este órgano judicial internacional determinó por primera vez que su pleno puede ejercer su jurisdicción consultiva sobre una cuestión jurídica si un tratado internacional relativo a los objetivos de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar prevé específicamente tal solicitud⁵.

Como mencionábamos, el 12 de diciembre de 2022 la Comisión de Pequeños Estados Insulares presentó una solicitud de opinión consultiva al TIDM. En dicha petición, los solicitantes invocan como títulos para habilitar la jurisdicción consultiva del Tribunal el artículo 21 de su Estatuto, el artículo 138 de su Reglamento y el artículo 2.2 del Acuerdo para el establecimiento de esta Comisión, el cual dispone: “considerando la importancia fundamental de los océanos como sumideros y depósitos de gases de efecto invernadero y la relevancia directa del medioambiente marino para los efectos adversos del cambio climático sobre los Pequeños Estados Insulares, la Comisión debe ser autorizada para pedir opiniones consultivas del Tribunal Internacional del Derecho del Mar (‘TIDM’) sobre cualquier cuestión jurídica comprendida en el ámbito de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, congruente con el artículo 21 del Estatuto del TIDM y el artículo 138 de su Reglamento”.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

A partir de las preguntas formuladas, el Tribunal conoció en primer lugar de la cuestión jurisdiccional, afirmando por unanimidad su competencia para dictar la opinión consultiva solicitada por la Comisión y decidiendo responder a dicha solicitud (para.441), invocando el artículo 21 de su Estatuto y el Acuerdo que estableció la Comisión solicitante y trayendo a colación su jurisprudencia previa en la opinión consultiva dictada en 2015 a solicitud de la Comisión Subregional de Pesquerías. Asimismo, el Tribunal señaló que la mayoría de los participantes en este procedimiento expresó la opinión de que el mismo tiene jurisdicción para conocer del dictamen solicitado (para.91) y recordó los tres requisitos para habilitar su competencia consultiva: a) la existencia de un acuerdo internacional relativo a los objetivos de la Convención que específicamente prevea la solicitud al Tribunal de un dictamen; b) que la solicitud sea planteada al Tribunal por un organismo autorizado por o de conformidad con el acuerdo; y c) que la solicitud verse sobre una cuestión jurídica (para.95). Además, el Tribunal, siendo “consciente de la importancia de las cuestiones planteadas en la solicitud para los miembros de la Comisión y de que respondiendo dichas cuestiones asistiría a la Comisión en el desarrollo de

5 *Request for Advisory Opinion submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission, Advisory Opinion, 2 April 2015, ITLOS Reports 2015*, paras. 37-69, 219.

sus actividades contribuyendo al cumplimiento de su mandato” (para.118), consideró “apropiado dictar la opinión consultiva solicitada por la Comisión” al tener en cuenta “el hecho de que el cambio climático está internacionalmente reconocido como una preocupación común de la humanidad” (paras.121-122).

El Tribunal dedicó una mayor atención al conocimiento de las cuestiones sustantivas que a la resolución de las cuestiones jurisdiccionales, recientemente comentada. Ante todo, el TIDM abordó la interpretación de la Convención y de la relación entre esta y otras normas de Derecho Internacional, afirmando que las reglas contenidas en su Parte XII (la relativa a la *protección y preservación del medio ambiente marino*) y su artículo 237 demuestran la apertura de la Parte XII a los regímenes jurídicos establecidos por otros tratados (para.134). Así, el Tribunal sostuvo que, en virtud del artículo 293 de la Convención, deberían interpretarse conjuntamente las disposiciones de la Convención y otras reglas internacionales, que incluyen la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, el Protocolo de Kioto y el Protocolo de Montreal (paras.136-137). A continuación, el Tribunal conoció de la primera cuestión sustantiva planteada por la Comisión, a saber: “*¿cuáles son las obligaciones específicas de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (‘CNUDM’), incluidas las existentes en virtud de la Parte XII?, a) ¿para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio ambiente marino en relación con los efectos nocivos que resultan o que probablemente son resultado del cambio climático, incluyendo el calentamiento de los océanos y la subida del nivel del mar, y la acidificación de los océanos, que están causados por las emisiones antropogénicas de gases efecto invernadero a la atmósfera?*” (para.3). Al conocer de la misma, el Tribunal declaró que las emisiones antropogénicas de gases de efecto invernadero a la atmósfera constituyen contaminación del medio marino en el sentido de la Convención, y que los Estados Parte tienen obligaciones específicas, conforme al artículo 194, párrafo 1, de la Convención, de tomar todas las medidas necesarias para prevenir, reducir y controlar la contaminación marina derivada de tales emisiones (para.441).

De manera destacada, el Tribunal afirmó que dichas medidas deben determinarse objetivamente, teniendo en cuenta, entre otros aspectos, el mejor conocimiento científico disponible y las normas y reglas internacionales pertinentes contenidas en tratados sobre cambio climático, como la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y el Acuerdo de París, y en particular el objetivo de limitar el aumento de la temperatura a 1,5°C por encima de los niveles preindustriales (para.441). A mayor abundamiento, el Tribunal expuso que el contenido y la ambición de las medidas necesarias puede variar de conformidad con los medios disponibles para los Estados Parte y de sus capacidades e incluyen en particular la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero (para.441) y, también, afirmó que la obligación que establece el artículo 194, párrafo 1, de la Convención es una obligación de debida diligencia, cuyo estándar es riguroso, dada la posibilidad de daños graves e irreversibles al medio marino como consecuencia de las emisiones antropogénicas de gases de efecto invernadero. En este orden de ideas, con relación a la contaminación transfronteriza, el Tribunal sostuvo que, de acuerdo con el artículo 194, apartado 2, de la Convención, los Estados Parte tienen la obligación específica de tomar todas las medidas necesarias para asegurar que las emisiones antropogénicas de gases de efecto invernadero bajo su jurisdicción o control no causen daños a otros Estados y su medio ambiente, y que la contaminación derivada de dichas

emisiones bajo su jurisdicción o control no se extienda más allá de las áreas donde ejercen derechos soberanos.

Más adelante, el Tribunal de Hamburgo conoció de la segunda pregunta sobre las obligaciones específicas de los Estados Parte en la Convención “*b) ¿para proteger y preservar el medio ambiente marino con relación a los impactos del cambio climático, incluyendo el calentamiento de los océanos y la subida del nivel del mar, y la acidificación de los océanos?*” (para.3). En respuesta a esta pregunta, afirmó que la obligación bajo el artículo 192 de la Convención incluye proteger y preservar el medio marino de los impactos del cambio climático y la acidificación oceánica. Esta obligación de diligencia debida, conforme al artículo 194, apartado quinto, exige proteger y preservar los ecosistemas raros o frágiles, así como el hábitat de especies agotadas, amenazadas o en peligro de extinción y otras formas de vida marina frente a los impactos del cambio climático y la acidificación de los océanos (para.441).

Además, en virtud de los artículos 61 y 119 de la Convención, los Estados Parte tienen la obligación específica de adoptar las medidas necesarias para conservar los recursos marinos vivos amenazados por los impactos del cambio climático y la acidificación de los océanos teniendo en cuenta, entre otros factores, la mejor ciencia disponible y los factores ambientales y económicos pertinentes. Asimismo, la obligación de intentar llegar a un acuerdo en virtud del artículo 63, apartado 1, y la obligación de cooperar en virtud del artículo 64, apartado 1, de la Convención, requieren que los Estados Parte, entre otras cosas, se consulten mutuamente de buena fe con el objetivo de adoptar las medidas efectivas necesarias para coordinar y garantizar la conservación y el desarrollo de las poblaciones compartidas (para.441).

En fin, el Tribunal de Hamburgo dictaminó que, en virtud del artículo 196 de la Convención, los Estados Parte tienen la obligación específica de adoptar medidas apropiadas para prevenir, reducir y controlar la contaminación derivada de la introducción de especies no autóctonas debido a los efectos del cambio climático y la acidificación de los océanos, los cuales pueden causar cambios significativos y perjudiciales en el medio marino, la cual exige la aplicación del principio de precaución (para.441).

III. CONSIDERACIONES FINALES

Este comentario ha tratado de poner de manifiesto las principales aportaciones llevadas a cabo por el Tribunal Internacional del Derecho del Mar sobre las obligaciones específicas de los Estados Parte en la CNUDM en materia de cambio climático. Entre ellas, pueden destacarse, de un lado, la de tomar todas las medidas necesarias para prevenir, reducir y controlar la contaminación marina derivada de estas emisiones y de tomar todas las medidas necesarias para asegurar que las emisiones antropogénicas de gases de efecto invernadero bajo su jurisdicción o control no causen daños a otros Estados y su medio ambiente y, del otro, la de proteger y preservar el medio marino de los impactos del cambio climático y la acidificación oceánica y proteger y preservar los ecosistemas raros o frágiles, así como el hábitat de especies agotadas, amenazadas o en peligro de extinción y otras formas de vida marina frente a los impactos del cambio climático y la acidificación de los océanos.

Aunque no debe obviarse el carácter consultivo de la resolución del Tribunal, por cuanto su dictamen lógicamente no es vinculante, se trata de una decisión fundada en derecho pronunciada por el pleno de un órgano judicial internacional especializado en Derecho del Mar que, sin duda, constituye una muy importante contribución a la precisión del sentido y a la determinación del alcance de estas obligaciones específicas de los Estados Parte en la Convención. Así, en nuestra opinión estamos en presencia de un fallo histórico del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, que ha dado respuesta a las cuestiones de gran complejidad técnica planteadas, y que constata la aproximación vanguardista que ha venido llevando a cabo el Tribunal de Hamburgo desde sus inicios, contribuyendo significativamente a la mejor interpretación de la Convención y, en definitiva, al desarrollo de este sector tan relevante del Derecho Internacional que representa el Derecho del Mar.

DERECHOS HUMANOS Y JUSTICIA CLIMÁTICA. LIDERAZGO DEL TEDH ANTE LA INACCIÓN DE LOS ESTADOS. STEDH *VEREIN KLIMASENIORINNEN SCHWEIZ AND OTHERS V. SWITZERLAND*

ANA MARÍA ALDAZ CASANOVA*

I. INTRODUCCIÓN Y HECHOS

El 26 de noviembre de 2020, la asociación de nacionalidad suiza Verein KlimaSeniorinnen Schweiz, en representación de un colectivo de mujeres de nacionalidad suiza y avanzada edad, junto con cuatro mujeres miembros de la asociación, presentaron una demanda ante el TEDH contra el Estado suizo por vulneración del Convenio Europeo de Derechos Humanos, debido a su inacción climática. Se alegaba la vulneración del artículo 8, porque la acción de Suiza para abordar el cambio climático era inadecuada y las políticas de mitigación climática adoptadas no eran suficientes para frenar el cambio climático y mitigar sus efectos, todo lo cual afectaba al colectivo de las reclamantes, que por su condición de mujeres y por su edad, son especialmente vulnerables a este fenómeno. Además, alegaban que no habían tenido acceso a un tribunal, en violación del art. 6 del Convenio, ya que los tribunales internos no habían respondido de manera adecuada, emitiendo decisiones arbitrarias y atentatorias contra sus derechos civiles. También alegaban que se había vulnerado el art. 13 sobre el derecho a un recurso efectivo y artículo 2 sobre derecho a la vida.

El cambio climático (Cc) constituye uno de los desafíos más graves para la humanidad en el siglo XXI. A medida que sus efectos se intensifican, el Derecho Internacional del Medio Ambiente se consolida como eje para combatir la crisis climática. Sin embargo, este marco jurídico presenta importantes limitaciones que a menudo entorpecen la adopción de medidas eficaces.

Al requerir la cooperación de los Estados soberanos, el Derecho Internacional enfrenta continuamente la resistencia de estos a suscribir nuevas obligaciones y/o a institucionalizar sistemas de control que fiscalicen su cumplimiento, decantándose por compromisos internacionales tibios y ambiguos, carentes de control jurisdiccional, para ofrecer una imagen de cara a la galería que no se corresponde con una voluntad subyacente genuina. En esta tesitura, de un tiempo a esta parte está proliferando la mecánica de la litigación climática, como herramienta de la sociedad civil para enfrentar a una clase política reaccionaria y obcecada en el *stand by*.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos (el Convenio) no contempla expresamente un derecho específico al medio ambiente sano, lo que añade una capa adicional de complejidad

* Profesora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Universidad de Murcia (ana.aldaz@um.es).

a la posibilidad de abordar litigios ambientales desde este marco. A pesar de ello, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) con su sentencia en el caso *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland*¹, anuncia un punto de inflexión en su doctrina que supone un auténtico paso adelante en la conquista de derechos respecto del Cc.

II. POSTULACIONES DE BASE QUE APALANCAN LA RESOLUCIÓN Y PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

Consciente del reto global que supone el Cc, el TEDH reafirma su compromiso con la interpretación dinámica, evolutiva y *verde* del Convenio para salvaguardar el disfrute pleno de los derechos fundamentales clásicos. Para ello, apuntala una serie de constataciones sobre las que edifica su argumentario.

Por un lado, el Tribunal revela como evidencia incontestable la necesidad de una *actuación urgente* frente al Cc, subrayando sus graves impactos en los derechos humanos y la vulnerabilidad de ciertos grupos, así como la carga que representará para las generaciones futuras si no se adoptan medidas eficaces (para. 431). Pese a lo innecesaria por evidente que pudiera parecer esta constatación, su expresión como cuestión indubitada en Derecho resulta crucial para servir de base sólida ante el reto que el TEDH ha decidido abordar.

Una segunda constatación emerge con fuerza: el reconocimiento de un especial peso específico que las preocupaciones medioambientales deben ejercer en la toma de decisiones. La democracia constituye una característica del orden público europeo, pero esta no puede limitarse a la voluntad de la mayoría de los representantes electos, sino que debe estar alineada con las exigencias del Estado de Derecho. Ante el riesgo de que los intereses y preocupaciones del corto plazo puedan llegar a prevalecer sobre las necesidades apremiantes de formulación de políticas sostenibles, surge un mandato para los tribunales que es complementario a los procesos democráticos. La Corte destaca que, en la sociedad actual, la protección del medio ambiente es una consideración de creciente importancia, por lo que no puede ser subordinada a intereses políticos o financieros. En este contexto, si bien las autoridades nacionales gozan de legitimidad democrática para evaluar las necesidades, cuando se trata de cuestiones que afectan a los derechos humanos ya no estamos ante una cuestión política sino de cumplimiento del Convenio (para. 447).

Por último, debido a la naturaleza global y difusa del fenómeno, uno de los grandes desafíos en los litigios relacionados con el Cc es establecer un vínculo claro y directo entre las políticas estatales y los daños sufridos por los individuos o colectivos. Ante el argumento de la “gota en el océano” utilizado recurrentemente por los Estados, la Corte rechaza la mayor y se afianza en el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas², pues cada Estado tiene su

1 STEDH [GC], *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland*, nº 53600/20, 9 de abril de 2024.

2 Proyecto de artículos sobre Responsabilidad del Estado por actos internacionalmente ilícitos, Doc. A/56/10, art. 1. En el contexto del cambio climático, *Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático*, adoptada el 29 de mayo de 1992, UNTS vol. 1771, pp. 107-321, art. 3. 3.

propia responsabilidad frente a un problema que es común, por lo que no resulta necesario acreditar que la inacción de un Estado haya causado un cambio definitivo en el resultado.

El Tribunal ignora las excusas de los Estados sobre el carácter global y multifactorial del Cc y destaca la importancia de que actúen de manera preventiva y anticipada, deduciendo una serie de obligaciones positivas respecto a la toma de medidas adecuadas y eficaces que se encaminen a la reducción de los riesgos, dado que, de lo contrario, conducen necesariamente al agravamiento de la situación. Concluye en definitiva que es suficiente con que las medidas que el Estado no haya tomado “pudieran haber tenido un impacto positivo en la mitigación del daño o haber contribuido a reducir las consecuencias adversas del Cc” (para. 444).

La urgencia de abordar la problemática climática y la gravedad de sus riesgos forjan de esta forma la determinación del TEDH, que desde un principio se postula, al afirmar que “la cuestión no reside en determinar si los tribunales de derechos humanos deben abordar los impactos ambientales, sino en establecer cómo deben hacerlo” (para. 379). Combinando la autoridad jurídica y moral de todos estos argumentos con el principio de interpretación dinámica del Convenio, el TEDH toma impulso para subir un nuevo peldaño en la protección efectiva de los derechos humanos.

Respecto a la condición de víctima y el *locus standi*, el TEDH introduce una doctrina innovadora y valiente en el contexto del Cc, marcando un hito en la manera en que aborda la relación entre los derechos humanos y la protección del medio ambiente.

Históricamente, el TEDH ha mantenido una postura estricta en cuanto a la condición de víctima, exigiendo la demostración de un perjuicio directo y personal, lo que ha dificultado considerablemente las reclamaciones basadas en problemas ambientales. A su vez, la prohibición de la *actio popularis* en el sistema del CEDH subraya la importancia de que cualquier reclamación se base en un efecto concreto y nocivo en la persona, no simplemente en el deterioro del medio ambiente. Sin embargo, el Cc, por su naturaleza específica, no expresa de forma evidente una afección directa e inmediata en los individuos.

En este contexto, el TEDH ha querido adaptar su postura sobre la condición de víctima, pero mostrándose particularmente cauteloso en la configuración de esta nueva doctrina. Por un lado, constata el peligro de que una fórmula rígida e inflexible de la condición de víctima en el contexto de recursos medioambientales pueda convertir la protección del Convenio en ilusoria e ineficaz, pues, si el círculo se traza de forma restrictiva, las disfunciones de la acción gubernamental pueden llevar a que los derechos de los individuos se vean afectados hasta ser anulados. Igualmente, el TEDH es plenamente consciente del reparto intergeneracional de la carga relacionada con el Cc y la desventaja representacional de las generaciones futuras.

Por otro lado, la Corte se hace cargo de los peligros de extender la condición de víctima, dado que en el contexto del Cc todos los seres humanos pueden de una u otra forma verse afectados o tener un riesgo de serlo. De abrirse un amplio acceso al poder judicial como medio para impulsar cambios en las políticas generales de Cc, se podría impactar en la separación de poderes.

Ante esta tesitura, el Tribunal destaca la necesidad de adaptar el concepto de víctima a las nuevas condiciones, particularmente en contextos de Cc, conjurando los peligros que incorporan

ambas opciones mediante la adopción de una postura salomónica (paras. 478 y ss.). Por un lado, mantiene unos criterios estrictos para la consideración de la condición de víctima individual del Cc terminando por rechazar las reclamaciones individuales de las demandantes (para. 486); y por otro, acoge la posibilidad de conceder el *locus standi* a las asociaciones que reúnan ciertos requisitos (para. 502), aceptando así la reclamación de la asociación.

Con el reconocimiento del *locus standi* de las asociaciones, el Tribunal aboga por un enfoque más inclusivo y colectivo respecto de los litigios climáticos, destacando el papel crucial de la sociedad civil organizada en la protección de los derechos de los grupos más vulnerables o cuando el acceso a la justicia individual es limitado o inexistente. Con este precedente se abren sin duda nuevas vías de acceso a la justicia en el ámbito de los derechos ambientales, donde la acción colectiva será esencial para garantizar la protección de los derechos humanos frente a los desafíos globales.

En cuanto a la vulneración de los derechos protegidos por el Convenio, la Corte aborda la cuestión de si la inacción frente al Cc puede vulnerar el artículo 8 del Convenio, deduciendo del mismo una serie de obligaciones positivas que incluyen la adopción de políticas climáticas, pero también su implementación efectiva, asegurando que no queden afectados injustificadamente los derechos de los individuos.

Así, el TEDH establece unas pautas para testear si la actuación del Estado cumple con los mínimos establecidos. Así, los Estados deben enfocarse en la adopción de medidas generales que especifiquen un objetivo temporal para alcanzar la neutralidad de emisiones, pero también definir la metas intermedias de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) a través de vías específicas, recoger procedimientos de prospección para verificar el cumplimiento de estos objetivos, actualizar de forma constante los objetivos de reducción de GEI sobre la base de la mejor ciencia disponible y actuar de forma oportuna, apropiada y consistente en la implementación de estas medidas. Además, el TEDH resalta la importancia de cumplir con una serie de obligaciones procesales, exigiendo a los Estados que pongan a disposición del público toda la información pertinente sobre los riesgos climáticos y sus implicaciones para los derechos fundamentales y deben permitir la participación de aquellos sectores de la población que están especialmente afectados por estos riesgos en los procesos de toma de decisiones (paras. 550-554).

Se trata en definitiva de ofrecer la plena protección de un interés superior que va más allá de los intereses particulares de los Estados. De este modo, las políticas nacionales habrán de obtenerse de la forma menos onerosa posible para los derechos humanos y sin que se produzcan sacrificios injustificados³, lo que abre una brecha en el margen de apreciación estatal que, lejos de ser una coraza impenetrable, se doblga ante la imperatividad de los derechos del Convenio.

3 Este desarrollo jurisprudencial parte de la especificidad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, reconocida por el TIJ en *Opinión Consultiva sobre las reservas al Convenio sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio* (28 de mayo 1951, I.C.J. Reports 1951, p. 15). Véase CANÇADO TRINDADE, A.A., *International Law for Humankind. Towards a New Jus Gentium*, The Hague Academy of International Law, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2010, p. 124.

En cuanto al artículo 6, el TEDH examina si los demandantes tuvieron acceso a un tribunal para cuestionar las medidas climáticas de Suiza y si dicho acceso fue eficaz. El Tribunal confirma la naturaleza civil de los derechos reclamados, ya que afectan su derecho a la vida y a la integridad física, la naturaleza genuina de la disputa, basada en la amenaza que el Cc representa para la salud y el bienestar de los miembros de la asociación, confirma el vínculo directo y suficiente de la asociación con los intereses de sus miembros y que el procedimiento era directamente decisivo para los derechos de los demandantes, ya que la asociación buscaba medidas correctivas adecuadas para mitigar los efectos adversos del Cc en sus miembros (paras. 617-621). De todo ello concluye el menoscabo de la esencia misma del derecho a un juicio justo, al no haberse involucrado debidamente el Estado en la reclamación de la asociación.

III. CONCLUSIONES FINALES

La sentencia del caso *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz v. Suiza* representa, sin lugar a duda, un hito en el reconocimiento de la interconexión entre derechos humanos y Cc. Ante los retos del Cc, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos muestra coraje y liderazgo para trazar un camino que, aunque incierto, es sin duda imprescindible. La Corte deja claro que los derechos fundamentales no pueden quedar a merced de la inacción o la lentitud de los Estados, inaugurando una senda donde la justicia climática puede ser entendida como una extensión lógica de la defensa de los derechos humanos.

Con esta nueva doctrina, el TEDH abre una vía para superar obstáculos que impedían abordar el fondo de una problemática que es de Justicia atajar, entregando el testigo a las jurisdicciones nacionales y marcando el camino. A su vez, el carácter innovador de esta doctrina permite soñar con un futuro en el que los tribunales se conviertan en aliados esenciales en la lucha por un medio ambiente más sano y seguro. Sin embargo, queda por ver cuán dispuestos estarán los Estados a asimilar en toda su extensión esta nueva doctrina. Aunque valiente, la propuesta del TEDH se enfrenta a la realidad dura de los intereses políticos y económicos, que inevitablemente seguirán complicando el progreso. En la dialéctica entre la esperanza y el pragmatismo surge el gran reto: ¿cómo podemos conciliar el idealismo jurídico con la realidad política?

Se abren nuevos retos relacionados con la vigilancia internacional y activismo legal y se hace precisa una tarea monumental: la configuración de una arquitectura sólida que permita hacer cumplir estas decisiones, garantizando que los Estados adopten medidas concretas, ambiciosas y, sobre todo, sostenibles a largo plazo.

En última instancia, esta sentencia no solo refleja la importancia de la lucha contra el Cc, sino que también subraya la necesidad de un cambio de paradigma en la forma en que concebimos los derechos humanos en el siglo XXI. Como dijo Heráclito, “la única constante es el cambio”, y ahora, en este nuevo umbral, queda en nuestras manos decidir cómo diseñar ese cambio. La Corte ha ofrecido una brújula, pero el camino aún está por recorrer y, en ese recorrido, la urgencia es premisa principal. Como dice la canción: “el presente es nuestro, hay un futuro que salvar”.

LA (EN OCASIONES) INCÓMODA Y OBTUSA RELACIÓN QUE SE DA ENTRE LA JUSTICIA INTERNACIONAL Y NACIONAL DE LA MANO DE LA INMUNIDAD DIPLOMÁTICA: UN ANÁLISIS DEL CASO *AYDIN SEFA AKAY C. TURQUÍA*

JACQUELINE HELLMAN MORENO*

I. HECHOS

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) emitió el 23 de abril del presente año la decisión judicial pertinente en relación con el asunto *Aydin Sefa Akay c. Turquía*¹. Antes de analizar con detalle las cuestiones jurídicas más relevantes que fueron examinadas en el citado caso, debemos plasmar los hechos principales que lo integran para comprender los motivos que llevaron al nacional turco, Aydin Sefa Akay, a presentar la demanda correspondiente contra el Estado de su nacionalidad el 21 de diciembre del año 2016, alegando –*inter alia*– que la letra c) del párrafo primero, así como el apartado cuarto del artículo 5 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales habían sido vulnerados².

Consecuentemente, cobra interés indicar que el Sr. Akay trabajó, desde el año 1989 al 2012, como asesor legal del Ministerio de Asuntos Exteriores turco. Durante parte de este extenso marco temporal, fue nombrado juez del Tribunal Penal Internacional para Ruanda. A continuación, pasó a formar parte del Mecanismo Residual Internacional de los Tribunales Penales (MRITP) por un periodo de cuatro años que, posteriormente, fue renovado por otros dos más. De tal manera que sus servicios expiraron el 30 de junio del 2018. A lo largo de esta última etapa sucedió un hecho clave en relación con el caso que aquí nos ocupa en la medida en que el 25 de julio del año 2016 el presidente del MRITP, el juez Theodor Meron, configuró un panel de cinco jueces entre los que se encontraba el Sr. Akay. Todos ellos tenían una labor principal: revisar la solicitud presentada, el 8 de julio del año 2016, por Augustin Ngirabatware con motivo del fallo emitido por la Sala de Apelaciones del MRITP el 18 de diciembre de 2014³.

* Profesora Titular acreditada de la Universidad Complutense de Madrid (Departamento de Relaciones Internacionales e Historia Global en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología) (jacqhell@ucm.es)

1 ECLI:CE:ECHR:2024:0423JUD000005917

2 Asimismo, debe indicarse que el Sr. Akay fundamentó buena parte de sus pretensiones en el artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

3 De acuerdo con lo expuesto en el cuerpo principal del texto, debe indicarse que la Sala de Apelaciones del MRITP en el asunto *Fiscal c. Augustin Ngirabatware* (número de caso: ICTR-99-54-T) concluyó que el exministro ruandés, Augustin Ngirabatware, había participado en los actos genocidas cometidos en su país a mediados de la década de los noventa.

Al hilo de lo expuesto, es relevante aclarar que en el momento en el que se presentó dicha solicitud, el denunciante se encontraba trabajando en remoto desde Turquía. Este detalle no es menor cuando se advierte que el país estaba viviendo un momento particularmente convulso, puesto que diez días antes de la constitución del referido panel tuvo lugar un intento de golpe de Estado. Este movimiento insurreccional fue llevado a cabo por un grupo de militares que se hacían llamar “Movimiento Paz en Casa” y que pretendían –fundamentalmente– expulsar a los miembros del parlamento turco, así como al gobierno y su presidente. En esas agitadas semanas, más de trescientas personas perecieron y más de dos mil quinientas fueron heridas. Durante los incidentes mencionados, se abrieron numerosos procesos judiciales con el objetivo de investigar y juzgar a quienes que se habían implicado en el referido golpe. Además, fueron apresados individuos supuestamente relacionados con la organización terrorista *Fetullahçı Terör Örgütü/Paralel Devlet Yapılanması*, la cual era liderada –de acuerdo con la información arrojada por las autoridades turcas– por Fetullah Gülen. La estrategia principal del Estado turco era contener aquellas amenazas que estaban poniendo en jaque al país. Todo lo cual llevó a Turquía a detener, el 21 de septiembre del año 2016, al Sr. Akay al que se le acusaba de pertenecer al grupo terrorista anteriormente citado⁴.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

En el presente asunto se suscitaron diversas cuestiones jurídicas que fueron examinadas con detalle por el TEDH. Un tema principal fue, sin duda, determinar si el denunciante gozaba o no de inmunidad diplomática, puesto que no debemos olvidar que en el momento de su detención era juez del MRTIP. De hecho, a su modo de ver, ello le otorgaba una serie de privilegios que sólo podían ser retirados por el propio secretario general de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Así lo indicó el Sr. Akay cuando fundamentó buena parte de sus pretensiones en el artículo 29 del Estatuto del citado Mecanismo. Este dato fue, por cierto, confirmado por la Oficina de Asuntos Jurídicos de la ONU en una nota verbal –emitida el 25 de octubre del año 2016– conforme a la cual solicitaba su liberación con carácter inmediato y la finalización del proceso judicial abierto contra él. No obstante, el mismo día, la fiscalía general de Ankara recibió una carta procedente del Ministerio de Asuntos Exteriores en la que se señalaba que la figura de la inmunidad concedida en favor de funcionarios de la ONU debe tomarse en consideración únicamente cuando sea en interés de dicha organización y, por lo tanto, debe “dejarse a un lado” cuando constituya o implique un mero beneficio personal. En dicha misiva, se hacía hincapié en que ésta no tenía cabida en el presente caso, subrayando que si se abogaba por la implementación del régimen jurídico que aquélla trae consigo quedaría socavado el buen y adecuado funcionamiento de la justicia turca. Lo anterior llevó a las autoridades correspondientes a considerar que la inmunidad del Sr. Akay no era absoluta, destacando que no gozaba de ningún estatus especial al constatar –desde su prisma– que los actos bajo estricto examen judicial no estaban relacionados con sus funciones/labores profesionales. Posteriormente, la Misión Permanente de Turquía ante la ONU, en Nueva York, presentó una carta confirmando lo anterior.

4 Esta acusación se basaba, básicamente, en que el Sr. Akay utilizaba (desde el mes de febrero del año 2016) el sistema de mensajería *ByLock*, el cual era también empleado por el grupo terrorista mencionado en el cuerpo principal del texto. Además, durante el registro realizado en su propia casa, fueron encontrados dos libros escritos por miembros destacados de aquélla.

Evidentemente, el TEDH toma en consideración los argumentos vertidos en el párrafo anterior y decide, además, poner el foco de su atención en una decisión que emitió la Corte Constitucional conforme a la cual dictaminó la inadmisibilidad de la pretensión principal planteada por el demandante en virtud de la cual reclamaba que los tribunales turcos de menor rango habían violado su derecho a un juicio justo. En este contexto, debe subrayarse que el órgano que se erige como el máximo garante de la constitución turca destacó, el 12 de septiembre del año 2019, que la inmunidad constituye un privilegio que otorga el Estado remitente frente al receptor. Esta aseveración le llevó a sostener que el país que la confiere aplica la normativa ordinaria para con sus nacionales, independientemente de que se encuentren sometidos a un régimen especial en el extranjero. En línea con la afirmación anterior, abundó –de manera muy similar a la fiscalía– en la idea de que el Sr. Akay fue acusado de realizar una serie de actos que no estaban vinculados con las funciones profesionales que había asumido con anterioridad. Consecuentemente, la Corte Constitucional proclamó que, si bien el denunciante disponía de una inmunidad funcional en relación con los actos realizados en el plano laboral, ésta no era finalmente aplicable puesto que los delitos que se le atribuían escapaban de dicho ámbito. Es más, adujo que el Estado turco no debe favorecer la creación de un espacio que impida el ejercicio de la jurisdicción penal en la medida en que ello afectaría y dañaría la actuación de su propio poder judicial.

Las consideraciones anteriores nos llevan a pensar que las autoridades turcas redujeron al mínimo la capacidad de impacto de la figura de la inmunidad. Es más, éstas proclamaron que, si se optara por otorgar absoluta primacía a aquélla, se perjudicaría muy seriamente el funcionamiento de la justicia nacional. En este punto de nuestra explicación resulta interesante mencionar que el denunciante puso de relieve la idea contraria. Desde su perspectiva, el proceso judicial ventilado en Turquía le impidió continuar con las tareas que el presidente del MRTIP le había asignado en el caso *Fiscal c. Augustin Ngirabatware*⁵. En definitiva, el Sr. Akay argumentó que la justicia que pretendía administrarse a nivel supranacional no podía seguir su curso natural con motivo de las actuaciones realizadas en el plano nacional que se caracterizaron por ignorar el régimen de inmunidad que la normativa internacional contempla en ciertas situaciones. En línea con todas estas cuestiones, el TEDH se ve impelido a dictaminar –en el párrafo 113 de su decisión– que la independencia judicial tanto de jueces nacionales como de internacionales es una premisa esencial que garantiza el buen funcionamiento de la justicia, sobreentendiéndose que la inmunidad juega un papel clave al promover que las funciones de todos ellos se desempeñen de manera justa y efectiva.

En cualquier caso, lo esencial en este asunto es determinar si el Sr. Akay goza o no de inmunidad diplomática; ello, claramente, constituye el *quid* de la cuestión. Y, en este sentido, el TEDH entiende que la detención preventiva del denunciante resulta excesiva, puesto que transcurren más de ocho meses hasta que se revisa su situación con el ánimo de averiguar si concurren o no determinados privilegios en beneficio del denunciante. A juicio del Tribunal, esta cuestión debió

5 De acuerdo con lo expuesto, debe recordarse que el Sr. Akay se dirigió a Theodor Meron, presidente del MRTIP, para que instara a los tribunales de su país a que decretarán su liberación. Éste accedió a su petición y emitió la orden correspondiente en enero del año 2017. Sin cambios en el horizonte, proclamó al poco tiempo que Turquía había incumplido con las obligaciones previstas en el artículo 28 del Estatuto del MRTIP. Todo lo cual llevó a aquél a ponerse en contacto con el Consejo de Seguridad de la ONU.

haberse tratado con celeridad y de manera exhaustiva. Todo lo cual le lleva a concluir que el párrafo primero del artículo 5 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales ha sido vulnerado. Posteriormente, abunda en la idea de que la inactividad de las autoridades turcas afectó –a su vez– al buen funcionamiento del Mecanismo (para. 116). En todo caso, el TEDH sigue con su razonamiento y si bien observa que la Corte Constitucional argumentó que el Sr. Akay no gozaba de inmunidad de acuerdo con la legislación interna también aclara que de conformidad con la regulación internacional dispone de una inmunidad diplomática plena, lo que –a su modo de ver– abarca la inviolabilidad personal y la exención de cualquier forma de arresto o detención durante el periodo en el que ejerció como juez ante el Mecanismo (para. 121). Más adelante, el tribunal trata de discernir si la detención del denunciante queda amparada o no por el artículo 15 del citado Convenio, el cual prevé que un Estado puede desatender la regulación suscrita en el caso de que concurra una situación de carácter excepcional. Y la conclusión a la que llega es clara: Turquía no puede ignorar las obligaciones contraídas en el Convenio, ya que no se dan las circunstancias que exige la norma mencionada (para. 130). De manera más concreta, el TEDH determina que la falta de evaluación de la inmunidad diplomática del solicitante por parte del Estado turco no constituye una medida necesaria que se ajuste a las circunstancias que emanan del intento del golpe de Estado. Como colofón a todo lo anterior, el Tribunal considera que las investigaciones realizadas por las autoridades nacionales en la casa del Sr. Akay supusieron una interferencia ilegítima que significó la vulneración de los derechos contemplados en el artículo 8 del mencionado Convenio. Antes de llegar a esta conclusión, el TEDH valora si las actuaciones del Estado turco quedan exceptuadas por lo que dispone el párrafo segundo del citado precepto legal, el cual se refiere a intromisiones ajustadas a la legalidad, a la persecución de fines legítimos y necesarios en una sociedad democrática. A su modo de ver, no concurren las condiciones que prescribe la norma en cuestión. Además, pone de relieve que Turquía despreció la figura de la inmunidad y la protección que la misma siempre confiere. Así pues, el TEDH dictamina la violación normativa anteriormente apuntada (para. 145).

III. CONCLUSIONES

El caso objeto del presente análisis gira en torno a una cuestión principal que radica en determinar si el Sr. Akay gozaba o no de inmunidad diplomática tras ser nombrado juez del MRITP. Una vez analizado con detalle las alegaciones de las partes, el TEDH llega a la conclusión de que efectivamente el denunciante debió haber quedado parapetado y, por tanto, protegido por medio de dicha figura, a pesar de que esta cuestión fue siempre rechazada por las autoridades turcas. En cualquier caso, además de afirmar que Turquía negó a su nacional la posibilidad de acogerse al régimen que trae consigo la inmunidad diplomática plena, señala también que las autoridades de turno incurrieron en una demora desproporcionada a la hora de revisar la situación del Sr. Akay. Ello no sólo afectó a sus derechos, sino que perjudicó asimismo las labores que llevaba a cabo el citado Mecanismo desde el mismo momento en el que fue detenido. A raíz de lo anterior, consideramos que es de vital importancia promover procedimientos rápidos y eficientes que aclaren lo antes posible si la inmunidad debe o no tomarse en consideración en un determinado asunto ante el perjuicio claro que un retraso en este sentido significa. Vemos, en definitiva, que esta cuestión es vital cuando lo que se pretende es garantizar una adecuada administración de la justicia tanto a nivel nacional como internacional.

LA RESTRICCIÓN DEL ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL Y EL DERECHO DE ACCESO A UN TRIBUNAL: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN EL CASO *COUSO PERMUY C. ESPAÑA*

MARÍA ESTHER SALAMANCA AGUADO*

I. HECHOS

Durante la *Operación Libertad para Irak*, liderada por Estados Unidos y que supuso la ocupación militar del país entre el 20 de marzo y el 1 de mayo de 2003, el cámara de Telecinco José Couso resultó muerto el 8 de abril de 2003 al impactar un misil en el hotel Palestina, donde se alojaban la mayoría de los periodistas extranjeros en Bagdad. Desde entonces, la familia Couso ha vivido un peregrinaje judicial que culminó con la Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de septiembre de 2016, en la que desestima los recursos interpuestos por la familia del cámara español y la Asociación Libre de Abogados contra el Auto dictado por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de fecha 25 de noviembre de 2015, por el que la Audiencia Nacional rechazó plantear una cuestión de inconstitucionalidad contra los artículos 23.4, 5 y 6 y la Disposición Transitoria única de la Ley 1/2014 de 13 de marzo, de reforma parcial de la Ley Orgánica del Poder Judicial, relativa a la justicia universal.¹ En el mismo auto se acordó la conclusión del sumario y el sobreseimiento temporal de la causa hasta que no se acrediten cumplidos los requisitos establecidos en dicha ley para activar la jurisdicción española.²

En su pronunciamiento, la Sala de lo Penal se remite a los razonamientos expresados en su Sentencia 551/2015, de 24 de septiembre de 2015³ y concluye *inter alia*:

“que la Convención de Ginebra, a diferencia de otros Tratados, establece un sistema obligatorio de Jurisdicción Universal, en el sentido de imponer a cualquier país firmante la carga de localizar a los criminales de guerra que se oculten en el mismo, y llevarlos ante sus Tribunales, asumiendo jurisdicción extraterritorial para juzgarlos con independencia del lugar donde ocurrieron los hechos y de su nacionalidad. Pero esta Jurisdicción

* Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Valladolid (mariaesther.salamanca@uva.es)

1 Entre la abundante bibliografía sobre el principio de justicia universal puede consultarse: ABAD CASTELLOS, M., “La persecución restringida de los delitos que lesionan valores esenciales de la comunidad internacional: ¿sigue existiendo la jurisdicción universal en España?”, *Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 15, enero 2012, pp. 65-90; PÉREZ CEPEDA, A. I. (ed.), *El principio de justicia universal: fundamentos y límites*, Tirant lo Blanch, 2012; OLLÉ SESÉ, M. *Crimen internacional y jurisdicción penal nacional: de la justicia universal a la jurisdicción penal interestatal*, Thomas Reuters Aranzadi, 2019.

2 Sentencia del Tribunal Supremo 797/2016 (Sala de lo Penal, Sección 2ª) de 28 de septiembre de 2016.

3 Sentencia del Tribunal Supremo 551/2015 (Sala de lo Penal, Sección 2ª), de 24 de septiembre de 2015.

imperativa no se extiende a la obligación de iniciar investigaciones *'in absentia'*, de buscar a los responsables fuera de su territorio y de reclamarlos en cualquier caso”.

Los familiares de la víctima interpusieron recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional quejándose de que se había violado su derecho fundamental de acceso a un tribunal y su derecho a un procedimiento justo, a la seguridad jurídica y a la tutela judicial efectiva. La resolución del recurso de amparo se aplazó hasta que el Tribunal Constitucional resolviera el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 1/2014 interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso. Una vez dictada la Sentencia 140/2018, de 20 de diciembre de 2018, que confirmó la constitucionalidad de la ley impugnada, se valoraron conjuntamente los recursos de amparo interpuestos por los familiares de la víctima, que fueron desestimados por la Sentencia 80/2019, de 17 de junio de 2019⁴.

Finalizadas las actuaciones en el ámbito penal, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional estimó el recurso interpuesto por la esposa de José Couso contra la desestimación por silencio de la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración a causa de la omisión de protección diplomática el 8 de abril de 2003⁵. La Sala reconoció una indemnización en favor de la viuda de Couso de casi 100.000 euros y de más de 41.000 para cada uno de sus dos hijos menores cuando ocurrieron los hechos. La Sentencia del Tribunal Supremo 3030/2020, de 9 de julio de 2021 confirmó la condena al Estado a indemnizar con 182.000 euros a la viuda e hijos del cámara José Couso⁶.

Finalmente, el hermano de José Couso (“la víctima”) alegó en su demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos la violación del artículo 6 (“Derecho a un proceso equitativo”) y del artículo 13 (“Derecho a un recurso efectivo”) del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950. En la Sentencia de 25 de julio de 2024 que ahora comentamos⁷, la Sala asume la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (en especial STS 296/2015, 6 de mayo de 2015 y STS 869/2016 de 18 de noviembre de 2016) y del Tribunal Constitucional (STC 140/2018, 20 de diciembre de 2018) y concluye que al restringir el ámbito de la jurisdicción universal en nuestro ordenamiento jurídico no se violó el derecho de acceso a un tribunal consagrado en el artículo 6, párrafo 1 del Convenio.

4 Sentencia del Tribunal Constitucional 80/2019, de 17 de junio de 2019.

5 Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso), núm. 494/2005, de 11 de diciembre de 2019. Véase el comentario de CRESPO NAVARRO, E., “La naturaleza de la protección diplomática en el Caso Couso: la compleja relación entre derecho internacional y derecho interno”, *REDI*, vol. 72, 2020-2, pp. 197-234.

6 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso) núm 3030/2020, de 9 de julio de 2021. Véase el comentario de DELFÍN ARRUFAT CÁRDABA, A., en “Crónica de Derecho Internacional Público”, *REEI*, núm. 42, 2021-2.

7 Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª), *Caso Couso Permuy c. España*, de 25 de julio de 2024.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

Como acabamos de indicar, la Sala estima que la reclamación del demandante se limita a una cuestión de acceso a los tribunales y debe examinarse únicamente en virtud del artículo 6, párrafo 1 del Convenio, en el sentido de que en la determinación de sus derechos y obligaciones civiles toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías por un tribunal. Asimismo, considera que resultan aplicables los principios generales que rigen el derecho de acceso a un tribunal en materia civil enunciados en el *asunto Naït-Liman*⁸. No obstante, la Sala aclara que a diferencia del *asunto Naït-Liman*, que se refería a la cuestión de la competencia universal de los tribunales civiles en el marco de un procedimiento civil autónomo, el presente asunto se refiere al derecho de acceso a un tribunal en calidad de parte civil en un procedimiento penal incoado ante los tribunales penales sobre la base del principio de justicia universal (paras. 95-100 y 132).

A juicio del demandante, la Ley Orgánica 1/2014 que restringía el ámbito de la jurisdicción universal sobre crímenes de guerra ocurridos extraterritorialmente no podía considerarse conforme con el Convenio, ya que impedía a las víctimas defender sus legítimos intereses ante los tribunales nacionales, sin que existiera ningún *fin legítimo o proporcionado* que justificara dicha restricción. Esta argumentación se apoya en la idea de que las obligaciones del Estado español en virtud del Cuarto Convenio de Ginebra incluían la obligación de buscar a las personas que presuntamente hubieran cometido u ordenado cometer crímenes internacionales graves, y de llevar a dichas personas, con independencia de su nacionalidad, ante sus propios tribunales. Por tanto, en opinión del demandante, España estaba obligada, en virtud del derecho de los tratados, a investigar y enjuiciar el crimen de guerra cometido por soldados extranjeros contra la víctima, y la interrupción del procedimiento había supuesto no sólo una violación del Cuarto Convenio de Ginebra, sino también de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y del artículo 6, párrafo 1 del Convenio (para. 114). Por tanto, la Sala se ocupa de examinar si la restricción del derecho de acceso a un tribunal del demandante como consecuencia de la aprobación de la Ley Orgánica 1/2014 perseguía un *objetivo legítimo* y, en caso afirmativo, si era *razonablemente proporcionada* al objetivo perseguido (paras. 135-136).

La Sala reconoce que la competencia extraterritorial tiene carácter excepcional y debe establecerse cuidadosamente, y que no es irrazonable que un Estado exija la existencia de ciertos vínculos con ese Estado para que se reconozca su competencia universal para perseguir algunos delitos (para. 137). En el presente asunto, la Sala considera que las razones expuestas por el Gobierno español para justificar la introducción por el legislador de nuevos criterios para restringir la jurisdicción tomadas junto con las razones establecidas en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2014 y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español relativa a la reforma del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial “podrían considerarse constitutivas de una razón imperiosa de interés general” (para. 139)⁹. Recordamos que en su

8 Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Cámara), *Caso Naït-Liman c. Suiza*, de 15 de marzo de 2018. Véase el comentario FERRER MONET, J., “La jurisdicción civil universal ante el Derecho Internacional y su relación con la jurisdicción penal universal: a propósito de *Naït-Liman v. Switzerland*”, *RGDE*, núm. 47, 2019.

9 Véanse los párrafos 91 y 92 de la Sentencia en la que se reproducen los argumentos del TC y del TS.

Sentencia de 20 de diciembre de 2018 el TC estimó que “no puede deducirse de los pronunciamientos de la Asamblea General de Naciones Unidas, de la Corte Internacional de Justicia o del Tribunal Europeo de Derechos Humanos la configuración de un principio absoluto y general de jurisdicción universal que sea de obligatoria aplicación por los Estados firmantes de los tratados incluidos en dichos sistemas” (FJ 5º)¹⁰.

En cuanto a la proporcionalidad de la restricción del derecho de acceso a un tribunal, la Sala reitera que el Estado goza de cierto margen de apreciación al regular este derecho, y que, en casos como el presente, el alcance de este margen depende, entre otras cosas, del Derecho internacional pertinente en la materia, es decir, del derecho internacional humanitario y del derecho penal internacional (para. 141). Para valorar esta cuestión la Sala concede especial importancia a los siguientes elementos en el presente caso: (i) el demandante pudo presentar sus denuncias ante los tribunales, numerosas pruebas fueron recogidas por el juez de instrucción a petición suya y las autoridades judiciales españolas llevaron a cabo una investigación penal muy exhaustiva; (ii) una vez concluida la fase de instrucción, no habría sido posible proceder al juicio en ningún caso porque las personas acusadas del delito no serían entregadas por las autoridades estadounidenses y la legislación española no permitía los juicios en rebeldía; (iii) los tribunales españoles suspendieron el procedimiento sólo temporalmente, sin descartar la posibilidad de reabrirlo si los acusados quedaban bajo territorio español y, por tanto, bajo jurisdicción española; y (iv) el demandante se quejó de su derecho de acceso a un tribunal desde la perspectiva de parte civil en el procedimiento penal y no alegó que hubiera habido obstáculos que le hubieran impedido interponer una acción civil separada al margen del procedimiento penal (para. 148).

En consecuencia, la Sala concluye que la declaración de los tribunales españoles, tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2014, de que no eran competentes para conocer de la acción civil que formaba parte de la acción penal ejercitada por el demandante en 2003 con el fin de obtener una indemnización por la muerte de su hermano, como consecuencia de una supuesta violación grave del Derecho internacional humanitario y del Derecho penal internacional, no era desproporcionada en relación con los fines perseguidos. En consecuencia, no ha habido violación del derecho de acceso a un tribunal en el sentido del artículo 6 del Convenio (para. 149).

Por último, consciente de que se trata de una cuestión sensible desde el punto de vista del derecho de las víctimas de crímenes internacionales y sus familias a una reparación, la Sala se ve en la necesidad de afirmar una serie de principios que consideramos de especial trascendencia y que queremos destacar.

En primer lugar, la Sala reconoce que el derecho a una indemnización civil en el marco de un proceso penal existe tanto si la jurisdicción de los tribunales nacionales (españoles) se establece sobre la base de la comisión de un delito dentro del territorio nacional (español), como si se basa en el ejercicio de la jurisdicción universal de los tribunales penales nacionales (españoles) para delitos cometidos fuera de su territorio (para. 109).

10 Véase el comentario a la sentencia de VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, B., “La jurisdicción universal en España a la luz de la STC 140/2018, de 20 de diciembre de 2018”, *REEI*, núm. 37, 2019-1.

En segundo lugar, considera que esta decisión (de no violación) no cuestiona el amplio consenso existente en la comunidad internacional sobre la existencia del derecho de las víctimas de crímenes internacionales a obtener una reparación adecuada y efectiva, ni el hecho de que se aliente a los Estados a hacer efectivo este derecho dotando a sus tribunales de jurisdicción para examinar dichas reclamaciones de indemnización, incluso cuando dichas reclamaciones se basen en hechos ocurridos fuera de sus fronteras geográficas (para. 150).

En tercer lugar, la Sala reconoce que no parece irrazonable que un Estado que establece la jurisdicción universal condicione su ejercicio a la existencia de determinados factores de conexión o vínculos jurisdiccionales con dicho Estado que deberá determinar de conformidad con el Derecho internacional y sin rebasar el margen de apreciación que la Convención concede a dicho Estado (para. 151).

III. CONCLUSIONES

Esta sentencia del TEDH que avala la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre un modelo de justicia universal restrictiva debe valorarse en el contexto del nuevo enfoque *victim-oriented approach* desarrollado, principalmente, por la Corte Penal Internacional, con el fin de garantizar a las víctimas una justicia reparadora. A pesar de estos avances en el reconocimiento de los derechos a las víctimas de crímenes internacionales, la cuestión de la jurisdicción universal sigue siendo una cuestión políticamente sensible. Lo evidencia la participación de Reino Unido en el proceso ante el TEDH y la opinión expresada de que la jurisdicción extraterritorial es de “carácter excepcional” ya que “obligaría a los Estados a realizar tareas imposibles para investigar hechos que tuvieron lugar fuera de la jurisdicción de dichos Estados”. Es evidente que los Estados tratan de proteger a sus fuerzas armadas desplegadas en el exterior frente a posibles procedimientos penales por la comisión de crímenes de guerra.

Al margen de los debates doctrinales sobre la idoneidad o no de un modelo de justicia universal absoluto, esta Sentencia mantiene una interpretación generalmente aceptada por los Estados de que no existe en el Derecho Internacional la obligación de juzgar crímenes de guerra cometidos fuera del territorio nacional, y que la competencia obligatoria en virtud del Cuarto Convenio de Ginebra no se extiende a la obligación de un Estado de buscar criminales de guerra fuera de su territorio y de reclamar su competencia para perseguirlos y juzgarlos, cuando no existían factores de conexión con dicho Estado. Por tanto, los Estados deben, al menos, procurar vías jurisdiccionales para indemnizar a las víctimas de crímenes de guerra cometidos extraterritorialmente en los casos en los que no exista la posibilidad de juzgar penalmente a los responsables.

ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO Y ÓRGANOS DE TRATADOS: LA SENTENCIA 61/2024, DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 9 DE ABRIL DE 2024.

ALBERTO DELFÍN ARRUFAT CÁRDAVA*

I. CONTEXTO

El presente comentario aborda el pronunciamiento dictado por el Tribunal Constitucional recaído el 9 de abril de 2024 a propósito del asunto Ali Aarrass –un ciudadano de nacionalidad belga-marroquí detenido y extraditado por las autoridades españolas a Marruecos donde fue torturado¹. Una sentencia extensísima² conectada con el grupo de pronunciamientos relativos a la recepción en el ordenamiento jurídico interno de los actos (Decisiones) dictados por Comités de monitoreo de tratados contra España. Para una mejor exposición del contexto del caso se diferencian tres fases:

La primera comienza el 13 de marzo de 2008, cuando el Tribunal de Apelación de Rabat emitió una orden internacional de detención por presunta colaboración con grupo terrorista, su detención por la policía española el 1 de abril de 2008 y la prisión provisional incondicional dictada el 22 de abril por el Juzgado Central de Instrucción³; también, la reclamación de la entrega por Marruecos mediante nota verbal al Ministerio de Justicia y la autorización de la extradición por la Audiencia Nacional el 1 de noviembre de 2008⁴ condicionada al compromiso expreso de que no se le impusiera cadena perpetua y su posterior ampliación –recurso mediante⁵– a la sustitución de la pena capital por la establecida en España para similar delito; dichas condiciones fueron trasladadas por el Ministerio de Justicia y aceptadas por las autoridades marroquíes. También el rechazo judicial a la paralización de la extradición por falta de garantías al considerar huérfano de prueba y adolecido de generalidad el recurso presentado acompañado de un informe de Amnistía internacional que señalaba, entre otros, el empleo de torturas por el personal de los centros penitenciarios marroquíes para la obtención de confesiones y la falta de acceso a cuidados médicos⁶. Finalmente, la denegación de amparo por

* Profesor Permanente de Derecho Internacional Público de la Universitat Jaume I de Castellón (aarrufat@uji.es).

** Todos los enlaces electrónicos a los recursos citados han sido verificados por última vez el 11/11/2024.

1 STC 61/2024, de 09/04/2024 (BOE núm. 118, 15/05/2024). ECLI:ES:TC:2024:61. Disponible [aquí](#).

2 Incluye un voto particular disidente suscrito por cinco magistrados que niega el amparo pues el recurrente recibió tutela judicial efectiva en cuanto presentó la demanda –objeto de pretendido amparo– ante la AN, niega la vía de la responsabilidad patrimonial afirmando que la vía del error judicial es el único procedimiento válido para instar la revisión de sentencia, no disponiendo las decisiones de los Comités de fuerza ejecutoria directa y debiendo respetar los cauces internos.

3 Auto núm. 18-2008, 04/04/2008. Juzgado Central de Instrucción núm. 1 de Melilla.

4 AAN núm. 35/2008, 21/11/2008. Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

5 AAN núm. 4/2009, de 23/01/2009. Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

6 *Ibidem*

el Tribunal Constitucional solicitando la suspensión de la extradición por “no apreciar en el mismo la especial trascendencia constitucional requerida”⁷.

La segunda fase se refiere al conjunto de actuaciones desarrolladas por la defensa de Ali Aarrass en el Sistema internacional de protección de la persona. Agotados los recursos internos en España, acudió al subsistema europeo presentando una demanda y una solicitud de medidas cautelares ante el TEDH contra España⁸ que fue rechazada al no apreciarse apariencia de violación del Convenio. Aarrass, insistió la suspensión de la extradición después de que el Consejo de ministros acordara la entrega del detenido a las autoridades marroquíes⁹. El TEDH, al no encontrar en la nueva petición circunstancias significativamente distintas a las aportadas previamente, inadmitió la solicitud. Se dirigió entonces al Sistema universal de protección de la persona: (i) presentó una comunicación ante UNHRC contra España solicitando la paralización del procedimiento de extradición “ante un riesgo real y cierto de ser torturado”. El Consejo de Derechos Humanos pidió a España que no extraditara al autor mientras su caso estuviera siendo examinado, siendo informada la Audiencia Nacional. Oponiéndose el Ministerio Fiscal, la Sala de lo Penal dictó auto el día 13 de diciembre de 2010 en el que acordó no paralizar el procedimiento de extradición “al haberse agotado la vía jurisdiccional, ofreciendo la posibilidad de interponer recurso de súplica en el plazo de tres días”. El desprecio a las medidas cautelares solicitadas constituyó una vulneración al Derecho internacional –asunto Lagrand¹⁰– pero, además, dicho plazo no pudo agotarse dado que, al día siguiente, fue entregado a Marruecos–; a continuación instó actuaciones contra Marruecos donde obtuvo dos decisiones favorables: (ii) por la lado, de 25 de junio de 2013, del grupo de trabajo sobre la detención arbitraria del CDH de Naciones Unidas¹¹ y por otro (iii) de 19 de mayo de 2014, una Decisión del CAT contra Marruecos¹²; finalmente (iv), el día 30 de septiembre de 2014 el CCPR emitió un Dictamen contra España donde concluye que “la extradición del autor a Marruecos (por España) constituyó una violación del artículo 7 del Pacto”, señalando que la Audiencia Nacional “rechazó informes fidedignos y de dominio público y que no evaluó adecuadamente el riesgo de tortura y severos malos tratos”¹³, exigiéndole que proporcionara un recurso efectivo que incluyera una reparación por los daños, que adoptara medidas de coo-

7 Providencia de 08/02/2010 de inadmisión del recurso de amparo 354-2010. Sección Cuarta del Tribunal Constitucional.

8 Alegó violación de los arts. 6, 2, 3, 5 y 14 del CEDH y del art. 4 del Protocolo núm. 7 al Convenio.

9 Informe del Consejo de Gobierno de 19/11/2010. Accesible [aquí](#).

10 Entre otros, TIJ Asunto *Lagrand Alemania vs. EEUU*, de 27/06/2001. Reports (2001), par. 102.

11 Concluía que “(...) en Marruecos no se podía garantizar un proceso justo ni equitativo e instaba al Gobierno marroquí a la inmediata liberación del interesado y al otorgamiento de una reparación adecuada”. UNWGOAD Opinión 25/2013 de 28 de junio. Accesible [aquí](#).

12 El CAT ante las quejas presentadas a propósito, entre otras, de las sesiones de tortura padecidas con el fin de obligarle a confesar y de la ausencia de contestación por el Estado, afirmó que debía concluirse que Marruecos no había cumplido sus obligaciones en virtud de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes e instaba al estado a que le informe sobre las medidas tomadas, que debían incluir la apertura de una investigación imparcial y exhaustiva de las denuncias y la realización de exámenes médicos que se ajusten a las directrices del Protocolo de Estambul. *Ali Aarrass v. Marruecos*, Doc. CAT/C/52/D/477/2011. Accesible [aquí](#).

13 *Ali Aarrass v. España*, Doc. CCPR/C/111/D/2008/2010, de 30 de septiembre de 2014. Accesible [aquí](#).

peración con las autoridades marroquíes para asegurar el monitoreo efectivo del trato al autor por Marruecos, así como para evitar su repetición en el futuro.

La tercera fase abarca las actuaciones realizadas por la defensa de Alí Aarrass ante las autoridades españolas a fin de obtener una reparación efectiva. En septiembre de 2014, su letrada remitió tres correos al Ministerio de Justicia interesándose por la forma de reparación que preveía la Administración; la Abogacía del Estado le contestó indicando que informaría al Comité. El 26 de febrero de 2015, España remitió un oficio al CCPR indicando su “oposición a modificar la Ley de extradición pasiva por resultar respetuosa con los estándares internacionales e indicando un eventual resultado de una reclamación de responsabilidad extracontractual que el interesado pudiera incoar ante el Ministerio de Justicia señalando que la jurisprudencia española era reacia al reconocimiento de ejecutoriedad ante las autoridades administrativas sin resolución administrativa o jurisdiccional previa”. El 20 de julio de 2015, Aarrass presentó una reclamación ante el Ministerio de Justicia indicando que, “*a falta de un cauce específico adecuado para canalizar la reparación, la única vía posible era solicitar una indemnización por responsabilidad patrimonial de la administración del Estado por funcionamiento anormal de la administración de justicia*”. Rechazada la reclamación –con informe del CGPJ¹⁴–, interpuso recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. Dicho recurso fue desestimado, confirmando el rechazo y negando que el Pacto imponga a los Estados el deber de indemnizar de manera inmediata y directa a los perjudicados sino la obligación de articular un recurso efectivo, rechazando la responsabilidad patrimonial como el cauce adecuado y señalando al error judicial cuando los daños derivan de la actuación de las decisiones judiciales y recordando el deber de todos de soportar las decisiones judiciales de los órganos españoles, así como que la administración española no puede resultar imputable de las consecuencias directas de actuaciones de autoridades gubernativas o judiciales extranjeras¹⁵. Recurrido en casación, preguntó al Tribunal Supremo si estaba en presencia de un error judicial o de un funcionamiento anormal y cuál era el valor interno de los dictámenes del CCPR; el 10 de enero de 2019, el Alto Tribunal comunicaba la inadmisión dada la existencia de reiterada jurisprudencia a propósito del error judicial y de la responsabilidad patrimonial de la administración¹⁶.

El día 26 de febrero de 2019, la defensa de Alí Aarrass presentó un recurso de amparo ante el TC solicitando la nulidad de las resoluciones judiciales recaídas en la tercera fase. Alí Aarrass fue liberado en abril de 2020 después de cumplir una sentencia de doce años. No recibió una disculpa formal ni una reparación por Marruecos¹⁷. Regresó a Bélgica cuyo servicio exterior

14 “(...) cuando el evento indemnizable se vincula al ejercicio de la potestad jurisdiccional [...] nos encontramos ante hipótesis que caen fuera del título funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y que habrán de residenciarse, eventualmente, en sede de error judicial, cuya valoración no puede realizar este Consejo”. Informe Comisión Permanente CGPJ. Ap. 10-2. Accesible [aquí](#).

15 SAN 185/2018, de 2 de febrero de 2018. Accesible [aquí](#).

16 Providencia de 10 de enero de 2019. Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. Inadmisión recurso de casación núm. 2197-2018.

17 En el marco del procedimiento de seguimiento de decisiones adoptadas, en 2019 el CAT recogió supuestas represalias por parte de los funcionarios penitenciarios marroquíes y la privación de alimentos; además,

mantuvo una tímida acción internacional de buenos oficios ante Marruecos interesándose por las condiciones de encarcelamiento que ha sido recientemente ratificada por el TEDH¹⁸.

II. CUESTIONES JURÍDICAS

La causa de amparo sostenía la vulneración del derecho a la integridad física y moral, con interdicción de la tortura y penas o tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE) y a la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva y a la interdicción de indefensión (art. 24.1 CE). El pronunciamiento abordado presenta algunos aspectos novedosos de interés jurídico que son comentados a continuación:

La Sentencia se refiere al control de la competencia de los Comités por parte del juez español. La prohibición de doble procesamiento es un principio asentado entre las causas de inadmisión de comunicaciones presentadas a los comités de derechos humanos de las Naciones Unidas regulado principalmente en los Protocolos Facultativos o en las Reglas de Procedimiento de cada comité o incluso a través de reservas de los estados –sirva el caso español¹⁹. El principio de *res iudicata* permite sortear la duplicación de procesos y evitar la aparición de decisiones inconciliables²⁰. Sin embargo, los Comités deben establecer el incumplimiento del estado respecto del tratado concreto que deben vigilar. Pueden darse “asuntos” que impliquen vulneraciones en tratados distintos –por ejemplo, situaciones de interseccionalidad– dando lugar a “cuestiones” distintas –que afecten a más de un tratado– y, en consecuencia, deban ser evaluadas en comités distintos sin que ello implique doble procesamiento. En el caso de autos, la Abogacía del Estado sostuvo que “la Decisión del CCPR –en tanto que el TEDH ya se había pronunciado a propósito de la legalidad de la extradición en dos ocasiones– nunca debió pronunciarse”; sin embargo, una revisión más sosegada del examen de admisibilidad previo a la valoración del fondo de la Comunicación individual desprende que el Comité consideró que las quejas presentadas bajo los artículos 7 y 9, párrafos 1 y 3 del Pacto –riesgo de ser detenido, incomunicado y torturado con miras a extraerle confesiones– no podían considerarse esencial-

señaló la falta de cooperación de Marruecos a propósito de las quejas presentadas (Doc. CAT/C/66/3, párrs. 9-11, accesible [aquí](#) y Doc. CAT/C/65/3, párrs. 8-9, accesible [aquí](#)).

- 18 El TEDH observó que “las autoridades belgas no habían permanecido pasivas o indiferentes (...) intercedieron ante las autoridades marroquíes, bien por diplomáticas o por razones humanitarias, con el fin de mejorar la situación del demandante. (...) no han tenido éxito. Esta situación no se debió (...) a los funcionarios consulares belgas (...) sino de la negativa sistemática de las autoridades marroquíes, que ejercían un control exclusivo sobre el demandante, a crear un precedente que fuera a la práctica marroquí de no autorizar la asistencia consular a los nacionales marroquíes detenidos en su Estado de origen”. TEDH *Aarrass vs. Bélgica* de 07 de septiembre de 2021. HUDOC (16371/18). Acceso electrónico disponible [aquí](#).
- 19 “El Gobierno español se adhiere (...), en el sentido de que el CCPR no considerará ninguna comunicación de un individuo a menos que se haya cerciorado de que el mismo asunto no ha sido sometido o no lo esté siendo a otro procedimiento de examen o arreglo internacionales”. BOE, núm. 79, de 02/04/1985. Accesible [aquí](#).
- 20 Entre ellos, el Art. 5, OP-CCPR “El Comité no recibirá ninguna comunicación si la misma cuestión ya ha sido o está siendo examinada en otro procedimiento de investigación o arreglo internacional; en el caso del CCPR, la Regla de Procedimiento 96.1 señala la inadmisibilidad “(...) si considera que la cuestión planteada está siendo examinada en otro foro internacional” y la 96.2 “si considera que (...) pueda duplicarse el proceso”; esto es reiterado también en el Art. 22.5 del OP-CAT.

mente idénticas a las que fueron sometidas al TEDH –artículo 3 CEDH referido a condiciones generales de detención–; por ello, entrando a conocer no infringía la regla de la duplicidad dado que se trata de cuestiones distintas sobre un mismo asunto²¹. El Tribunal Constitucional niega –acertadamente– su competencia para enjuiciar los criterios de admisibilidad del sistema de comunicaciones del Comité de Naciones Unidas, un posicionamiento acorde al principio de autonomía del Sistema de protección internacional de los derechos humanos²².

En segundo lugar, la sentencia sostiene que las decisiones de los comités no disfrutaban de naturaleza ejecutiva que otorgue un derecho inmediato a una indemnización, pero tampoco puede negarse que existe una obligación para el estado de respeto a los mecanismos internacionales de garantía de los tratados de derechos humanos ratificados e incorporados al ordenamiento español. Por lo tanto, la relevancia constitucional para esclarecer la idoneidad del cauce de reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración para reparar la vulneración de derechos fundamentales declarados en Decisiones deviene de la ausencia de un procedimiento *ad hoc* que permita reparar la contrariedad de un acto interno con los derechos garantizados en el PCPR en su consideración de fuente normativa interna *ex art. 96.1 CE*. Se sostiene la relevancia constitucional sobre la conexión *iusfundamental* que presentan los derechos vulnerados (art. 15 CE y 24.1 CE) con el PDCP. La fundamentación de la sentencia puede tener por la vía de la tutela del artículo 24.1CE un amplísimo impacto sin embargo, no podemos olvidar que nos encontramos nuevamente ante un pronunciamiento excepcional que deja abiertas cuestiones como el juicio de relevancia cuando las decisiones de los comités versen sobre derechos humanos con distinta consideración interna y el propio modelo de cumplimiento de dictámenes de los comités de Naciones Unidas en el marco del ordenamiento jurídico español.

Finalmente debe destacarse que la responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia como cauce para reclamar la reparación tampoco queda habilitado con alcance general sino, únicamente en la medida en que pueda constatarse que de la vulneración han participado no únicamente órganos judiciales –que también pudieran haber realizado una aplicación excesivamente rigorista de los procedimientos judiciales o por la imposibilidad de agotar los recursos internos– sino también otros órganos del Estado que hubieren informado, inducido o coadyuvado a presumir que ese era –el de la responsabilidad patrimonial– el cauce adecuado para la obtención de una reparación efectiva –con omisión del relativo al error judicial–. Esto renueva el valor de los informes de seguimiento presentados por España ante los Comités de Tratados como habilitantes del cauce de la responsabilidad patrimonial al no quedar cubiertos por el error judicial. El pronunciamiento casa con la noción “*Cui magna potestas, magna cura est*” y con la obligación de debida diligencia reconocida en los instrumentos internacionales de derechos humanos; además evita a la víctima que deba iniciar procedimientos judiciales distintos en el ámbito interno para derivar la responsabilidad concreta de cada órgano.

21 Asunto *Ali Aarrass v. España*, Doc. CCPR/C/111/D/2008/2010 de 21 de junio de 2014. Examen de admisibilidad. Accesible [aquí](#).

22 Véase asunto *Avena y otros nacionales mexicanos (México v. Estados Unidos)*, CIJ, de 31 de marzo de 2004; también, asunto *Kadi y Al Barakat International Foundation v. Council y Comisión*, TJUE, asunto C-402/05 P y C-415/05 P, de 03 de septiembre de 2008.

III. CONCLUSIONES

La sentencia analizada no resuelve el modelo de cumplimiento de dictámenes de los comités de Naciones Unidas en el marco del ordenamiento jurídico español; sin embargo, resulta clarificadora acerca de las dificultades para alcanzar un consenso en el seno del TC sobre el cauce de reparación jurisdiccional adecuado a falta de un procedimiento *ad hoc*.

El pronunciamiento refuerza –frente a la estrecha vía del error judicial– la reclamación de la responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia para hacer efectiva la reparación, pero siempre vinculada a la vulneración de un derecho fundamental y a la participación de otros órganos no judiciales. Constituye una consideración más amplia de la actuación del conjunto de unidades administrativas del estado participantes en el procedimiento de comunicaciones individuales. Esto reafirma la relevancia de dichos procedimientos y la necesidad de enervar la diligencia de la Administración en su relación con los órganos de tratados reconocidos por España.

Declarada la retroacción de actuaciones, habrá que esperar para ver si la AN opta por devolver al Ministerio de Justicia las actuaciones para que resuelva sobre la reclamación o si decide examinar por si misma si, a la luz de la vulneración de un derecho fundamental, concurren los requisitos para dar lugar a una indemnización por responsabilidad patrimonial por anormal funcionamiento de la Administración.

CRÓNICA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

POR U. BELINTXON MARTÍN, C. I. CORDERO ÁLVAREZ, M. GONZÁLEZ MARIMÓN,
P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS Y M. VINAIXA MIQUEL,

COORDINADA POR B. AÑOVEROS TERRADAS*

SUMARIO:

LA DES-ESPECIALIZACIÓN EN MATERIA DE DERECHO DEL TRANSPORTE INTERNACIONAL (AHORA POR CARRETERA). ¿UN PROBLEMA RECURRENTE QUE REQUIERE DE SOLUCIÓN? REFLEXIONES/NOTA A LA STJUE DE 21 DE MARZO DE 2024 (ASUNTO C-90/22)

POR U. BELINTXON MARTÍN..... pp. 463-472

COMPETENCIA Y LEY APLICABLE EN LOS LITIGIOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD EN EL ENTORNO VIRTUAL (STS CIV 1ª 24 JUNIO 2024)

POR C. I. CORDERO ÁLVAREZ..... pp. 473-478

COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PARA ADOPTAR MEDIDAS EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL Y ALIMENTOS EN RELACIÓN CON EL HIJO COMÚN RESIDENTE EN BIELORRUSIA, EN EL MARCO DEL PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO (TRIBUNAL SUPREMO, SALA PRIMERA, DE LO CIVIL, SENTENCIA 979/2024 DE 10 JUL. 2024)

M. GONZÁLEZ MARIMÓN..... pp. 479-485

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ANTE LA ADOPCIÓN DE MENOR NACIDO POR GESTACIÓN SUBROGADA EN UCRANIA: STC 28/2024, DE 27 DE FEBRERO DE 2024 (Y SU VOTO PARTICULAR)

POR P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS..... pp. 487-493

LA LEY APLICABLE A LA DETERMINACIÓN DEL ALCANCE DE LA INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS MORALES SUFRIDOS POR VÍCTIMAS INDIRECTAS DE ACCIDENTES DE TRÁFICO: ¿SON LOS “CRITERIOS DE EQUIDAD” UNA “LEY

* B. AÑOVEROS TERRADAS, Catedrática de Derecho internacional privado de la Universidad de Barcelona

DE POLICÍA” SEGÚN EL ART. 16 DEL REGLAMENTO ROMA II? (STJUE DE 5 DE SEPTIEMBRE DE 2024, As. C-86/23, E.N.I, Y.K.I c. HUK-COBURG-ALLGEMEINE VERSICHERUNG AG)

POR M. VINAIXA MIQUEL pp 495-503

LA DES-ESPECIALIZACIÓN EN MATERIA DE DERECHO DEL TRANSPORTE INTERNACIONAL (AHORA POR CARRETERA). ¿UN PROBLEMA RECURRENTE QUE REQUIERE DE SOLUCIÓN? REFLEXIONES/NOTA A LA STJUE DE 21 DE MARZO DE 2024 (ASUNTO C-90/22)

UNAI BELINTXON MARTÍN*

I. HECHOS

El máximo órgano jurisdiccional de la Unión, el TJUE, resuelve en esta nueva resolución (STJUE de 21 de marzo de 2024, asunto c-90/22)¹ las cuestiones prejudiciales planteadas sobre la interpretación del artículo 45.1, letras a) y e), inciso ii) del RBI bis, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, y del artículo 71 de dicho Reglamento, por un lado, en relación con los artículos 25, 29 y 31 de la propia norma y, por otro lado, a la luz de sus considerandos 21 y 22. Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre la compañía aseguradora Gjensidige ADB y la compañía porteadora Rhenus Logistics UAB, en relación con el reembolso de la indemnización que la primera había abonado a la entidad ACC Distribution UAB en concepto de reparación de un perjuicio sufrido en el marco de la ejecución de un contrato de transporte internacional de mercancías por carretera celebrado con dicha compañía.

ACC Distribution celebró con Rhenus Logistics un contrato de transporte internacional de mercancías por carretera para transportar material informático desde Países Bajos hasta Lituania. Parte de la mercancía fue robada durante el trayecto activándose el sistema de responsabilidad regulado en los artículos 17 a 29 del Convenio CMR de 1956². La compañía aseguradora, Gjensidige ADB, abonó a la cargadora, ACC Distribution, una indemnización de 205.108, 89 euros.

La porteadora, Rhenus Logistics ejerció una acción declarativa de limitación de responsabilidad el 3 de febrero de 2017 ante el Tribunal de Primera Instancia de Zelanda-Brabante Occidental, en Países Bajos. ACC Distribution y Gjensidige ADB solicitaron al citado órgano jurisdiccional de Países Bajos que declinase su competencia en favor del tribunal lituano competente según acuerdo atributivo de jurisdicción acordado entre cargadora y transportista (artículo 31 del CMR).

* Unai Belintxon Martin, Profesor Titular de Derecho internacional privado, Universidad Pública de Navarra (UPNA).

1 ECLI:EU:C: 2024:252.

2 BOE, 07-05-74. Modificado por el Protocolo de Ginebra de 5 julio 1978, BOE, 18-12-82, corrección de errores de 15-06-95.

Mediante resolución de 23 de agosto de 2017 el órgano jurisdiccional de Países Bajos desestimó la solicitud de ACC Distribution y Gjensidige ADB calificando el acuerdo atributivo de jurisdicción al órgano jurisdiccional lituano como nulo según el artículo 41 del CMR e interpretando que dicho acuerdo restringía las opciones de elección de los foros objetivos alternativos del artículo 31 del CMR. Ante esta tesitura se declaró competente para conocer del asunto.

La aseguradora Gjensidige ADB ejerció el 19 de septiembre de 2017 ante el Tribunal Regional de Kaunas en Lituania una acción de repetición por la que solicitaba que se condenara a la porteadora Rhenus Logistics a reembolsar el importe de 205.108,89 que había abonado a la cargadora ACC Distribution en concepto de indemnización. En fecha 12 de marzo de 2018 el citado Tribunal lituano suspendió el procedimiento hasta que el Tribunal de Países Bajos dictará una resolución definitiva.

El 25 de septiembre de 2019 el tribunal de Países Bajos declaró la responsabilidad de la porteadora Rhenus Logistics limitada a un importe de indemnización máxima de 40.854,20 euros en aplicación de lo dispuesto en el artículo 23.3 del CMR. El 22 de mayo de 2020 el tribunal lituano desestimó la acción de repetición al considerar la fuerza de cosa juzgada de la resolución del Tribunal de Países Bajos de fecha 25 de septiembre de 2019.

El Tribunal de Apelación de Lituania confirmó el 25 de febrero de 2021 mediante Auto la resolución del Tribunal de instancia lituano interpretando que el artículo 31.1 del CMR no regula un acuerdo atributivo de jurisdicción en términos exclusivos y excluyentes de los foros objetivos alternativos recogidos en el propio precepto.

La aseguradora Gjensidige ADB interpuso recurso de casación contra el citado auto ante el Tribunal Supremo de lo civil y penal de Lituania alegando que en caso de concurso entre el CMR y el Reglamento n.º 1215/2012 (RBI Bis) debía prevalecer el artículo 25 del RBI bis y su carácter exclusivo. El Tribunal Supremo lituano no considera exclusivo ni excluyente el acuerdo atributivo de jurisdicción acordado entre las partes en los términos del artículo 31 del CMR y se plantea si dicho precepto es compatible con el RBI bis dado que según su interpretación el artículo del texto internacional permite dejar sin aplicación los acuerdos atributivos de competencia. Y esto, en palabras del citado Tribunal, posibilita las prácticas litigiosas abusivas y las fomenta, por lo que se plantea si es compatible su aplicación con los objetivos perseguidos por el RBI bis y, por lo tanto, su conformidad con el orden público.

En estas circunstancias el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de Lituania plantea al TJUE las siguientes cuestiones prejudiciales:

- 1) ¿Puede interpretarse el artículo 71 del Reglamento n.º 1215/2012, a la luz de sus artículos 25, 29 y 31 y sus considerandos 21 y 22, en el sentido de que permite la aplicación del artículo 31 del [CMR] también en supuestos en los que un litigio comprendido en el ámbito de aplicación de ambos instrumentos jurídicos sea objeto de un acuerdo atributivo de competencia?
- 2) A la vista de la intención del legislador de reforzar la protección de los acuerdos atributivos de competencia en la [Unión], ¿es posible una interpretación más amplia del artículo 45, apartado 1, letra e), inciso ii), del Reglamento n.º 1215/2012, de modo

que abarque no solo la sección 6 del capítulo II de dicho Reglamento, sino también la sección 7 de dicho capítulo?

- 3) Una vez valoradas las particularidades de una situación concreta y las consecuencias jurídicas resultantes, ¿puede interpretarse el concepto de “orden público” que figura en el Reglamento n.º 1215/2012 en el sentido de que constituye un motivo para decidir no reconocer una resolución dictada en otro Estado miembro cuando la aplicación de un convenio especial, como el [CMR], da lugar a una situación jurídica en la que, en un mismo asunto, no se respetan ni el acuerdo atributivo de competencia ni el relativo a la ley aplicable?

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

Expuesto lo anterior, adelantamos ya que la STJUE de 21 de marzo de 2024, asunto c-90/22 acierta en el criterio general esgrimido para dilucidar las cuestiones prejudiciales segunda y tercera planteadas sobre la interpretación del artículo 45.1, letras a) y e), inciso ii) del RBI bis, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, y del artículo 71 de dicho Reglamento, por un lado, en relación con los artículos 25, 29 y 31 de la propia norma y, por otro lado, a la luz de sus considerandos 21 y 22. Y, sin embargo, este posicionamiento genera ciertas dudas en cuanto a la aplicación dada al criterio hermeneútico establecido por la regla de especialidad en su sentencia TNT vs. AXA de 4 de mayo de 2010, asunto c-533/08³ y, lo hace, evidenciando una patente des-especialización en materia de Derecho del transporte internacional (en este caso por carretera)⁴.

Desde el primer momento nuestro máximo órgano jurisdiccional intenta evadir entrar de lleno en el análisis exhaustivo de la activación de la regla de especialidad del artículo 71 del RBI bis que le hubiere permitido, además de responder a la cuestión prejudicial primera, resolver la controversia del debate principal surgida en instancia sobre la aplicabilidad del RBI bis o del CMR de 1956. Y no lo hace, tal vez por el hábil planteamiento procesal defensivo de la empresa porteadora Rhenus Logistics ante los órganos jurisdiccionales de Países Bajos que acogen su tesis ante la acción declarativa de limitación de responsabilidad articulada por ésta y, que proviene de la incompatibilidad, o disparidad, entre la tradicional concepción continental de la determinación como exclusiva y excluyente de la jurisdicción acordada mediante sumisión expresa por voluntad de las partes en relación con los foros alternativos que de manera objetiva quedan recogidos por el CMR en su artículo 31 para el transporte internacional de mercancías por carretera o, en cambio, la consideración como adicionales de estos últimos respecto al acuerdo de elección de foro más propia del Derecho anglosajón.

Abrumado, o no, por el planteamiento dado, la realidad es que el TJUE realiza un rápido análisis sobre la regla de especialidad del artículo 71 del RBI bis (apartados 41, 44, 45 y 46)

3 STJUE (Gran Sala) de 4 de mayo de 2010 (asunto c-533/08), TNT vs AXA, ECLI:EU:C:2010:243.

4 Sobre la especialización del Derecho del transporte internacional, entre otros: IRIARTE ÁNGEL, J.L., “Transporte marítimo internacional de mercancías y terceros Estados”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1, 1989, pp. 7-28.

y el criterio hermeneútico establecido por él mismo en su sentencia de 4 de mayo de 2010 (asunto c-533/08), sin sensibilidad con la pluralidad de aspectos que deben valorarse a la hora de concretar la norma de aplicación para la cuestión dentro de los diversos bloques normativos coexistentes, que desde el punto de vista de la Unión Europea, es ciertamente amplia: sometimiento expreso o tácito a tribunal extranjero; prórroga y/o derogación de la competencia; validez del acuerdo atributivo desde la doble perspectiva formal y material y su calificación como exclusivo y excluyente; la oponibilidad de la cláusula de jurisdicción o arbitraje frente a terceros no parte en el contrato; las relaciones *forum-ius*; los foros objetivos alternativos; la activación o desactivación de la regla de la especialidad según los criterios del TJUE en la propia sentencia TNT vs. AXA de 4 de mayo de 2010 y/o también la restricción o minoración del juego de la libre autonomía de la voluntad de las partes.

Cabe recordar que tal regla de especialidad vino establecida como solución inicial en el artículo 57 del Convenio de Bruselas de 1968. Este precepto, que fue completado y matizado en los sucesivos Convenios de Adhesión, otorgaba primacía en la aplicación a aquellas normas convencionales que aportaran una mayor aproximación a la problemática específica de cada sector de la codificación internacional con regulación de la competencia judicial internacional (directa y/o indirecta)⁵.

No obstante, debemos ser conscientes de que la regla de especialidad no quedará activada para la totalidad de Convenios internacionales especiales, debiéndose individualizar y valorar en cada caso concreto si se cumplen con los requisitos de calificación (especial o particular), y si el Convenio en cuestión contiene una regulación de la competencia judicial directa o indirecta, y/o de las reglas de reconocimiento y ejecución. Ante la ausencia de alguno de los presupuestos señalados, la regla de especialidad no será aplicable y entrarán en juego las reglas comunes de competencia contenidas en el Convenio de Bruselas⁶.

Conforme a la doctrina jurisprudencial que consolida la STJUE 4 de mayo de 2010 del TJUE, no puede afirmarse que la Unión esté vinculada de forma incondicional por las reglas de la competencia judicial, de reconocimiento y ejecución previstas en el CMR. Al contrario, de la interpretación del artículo 71 del RBI (actual artículo 71 RBI bis) se desprende que las mencionadas reglas establecidas en el CMR sólo podrán aplicarse en el seno de la Unión si respetan los principios que inspiran dicho Reglamento. Queda abierto así por tanto un margen de discrecionalidad judicial en la aplicación de la cascada de la especificidad o regla de la especialidad que no debe desatenderse y que debe ser objeto de delimitación en cada supuesto controvertido mediante un juicio valorativo, a modo de criterio hermeneútico nuclear, para tomar la decisión de qué norma debe recibir aplicación y, que tendrá que sostenerse en sí la aplicación al supuesto de la convención internacional especial presenta un alto grado de previsibilidad de resultado, facilita una buena administración de justicia, evita la reducción de

5 ÁLVAREZ RUBIO, J.J., “Las reglas de especificidad como cauce para superar los conflictos normativos entre Derecho comunitario y los Convenios internacionales en materias especiales”, *La Ley*, 29 de octubre de 2010, pp. 1-6.

6 GARAU SOBRINO, F.F., “La literalidad interpretada desde la coherencia del sistema. Las relaciones entre Reglamento Bruselas I y los convenios sobre materias particulares según el TJUE”, *Cuaderno de Derecho Transnacional*, Vol. 3, núm. 1, 2011, pp. 270-281.

la activación de procedimientos paralelos y garantiza la libre circulación de las resoluciones y la confianza recíproca en el seno de la justicia en la Unión Europea en materia civil y mercantil en términos no menos favorables que lo garantizado por el actual Reglamento Bruselas I bis. Y aquí, es a nuestro juicio donde erra el TJUE en su interpretación y posicionamiento. No entra a responder la primera cuestión prejudicial planteada, tal vez, convencido por la contundente, pero desespecializada consideración materializada por el abogado general en el apartado 139 de sus conclusiones sobre el asunto c-90/22 de fecha 14 de diciembre de 2023 al indicar expresamente que [...]Por lo tanto, esta visión general me lleva a considerar que el artículo 71 del Reglamento n.º 1215/2012 y el criterio enunciado en la sentencia TNT Express no se oponen a que la norma de competencia prevista en el artículo 31, apartado 1, del CMR se interprete en el sentido de que una competencia derivada de un acuerdo de elección de foro no puede considerarse exclusiva. [...] Y dicho silencio marca un claro pero desespecializado posicionamiento de nuestro máximo órgano jurisdiccional puesto que la correcta aplicación de la regla de especialidad al caso debía haber permitido la determinación de la competencia judicial internacional mediante la activación de las normas del RBI bis en detrimento de la aplicación de las normas contenidas en el CMR.

Nos explicamos, el respeto y la garantía del axioma que representa la autonomía de la voluntad de las partes contractuales en este importante sector del Derecho del transporte⁷ y su proyección a modo de foro de competencia judicial internacional debe tenerse siempre presente al sopesar los distintos intereses que afloran y confluyen en la materia⁸. La libertad y capacidad de las partes para determinar una cláusula atributiva de jurisdicción⁹ o una cláusula de sometimiento a arbitraje respecto a unos concretos órganos jurisdiccionales o a un arbitraje determinado¹⁰, representa un concepto básico del actual Derecho del transporte internacional que hace gala de técnicas y singularidades características¹¹.

Uno de los debates prácticos con mayor interés en materia competencial para este sector se centra en la limitación de la autonomía de la voluntad de las partes para la elección del foro

7 PICHARS, M., “L'évolution de la norme dans les transports”, en PERU-PIROTTE, L., DUPONT-LEGRAND, B., y C. (dirs.), *Le Droit du transport dans tous ses états: réalités, enjeux et perspectives nationales, internationales et européennes*, Larcier, Bruselas, 2012, pp. 17-48.

8 Sobre la primacía del respeto por la libertad de contratación y autonomía de la voluntad en el ámbito del Derecho marítimo, ÁLVAREZ RUBIO, J.J., “Competencia judicial internacional en el transporte internacional. Especial referencia al transporte marítimo”, en DE EIZAGUIRRE BERMEJO, J.M., *El Derecho del transporte marítimo internacional*, I jornada sobre Transporte Marítimo Europeo, aspectos mercantiles y jurisdiccionales, Escuela de Administración Marítima– Itsas Ardulararitzazko Eskola, Donostia (20 y 21 de mayo de 1993), p. 133.

9 Sobre el particular, vid. la excelente reflexión de FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “Alternativas e incertidumbres de las cláusulas de solución de controversias en la contratación marítima internacional”, *CDT*, vol. 10, núm. 2, octubre 2018, pp. 333-375.

10 BELINTXON MARTÍN, U., “Derecho internacional privado y transporte aéreo: cuestiones de actualidad sobre jurisdicción y ley aplicable”, PETIT LAVALL, M.V., y PUETZ, A. (dirs.), *El transporte como motor del desarrollo socioeconómico*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 363-382.

11 BELINTXON MARTÍN, U., “Jurisdicción / arbitraje en el transporte de mercancías por carretera: ¿Comunitarización frente a internacionalización?”, *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. 7, núm. 3, 2014, pp. 707-743.

jurisdiccional, cuando el Convenio dispone que el acuerdo o pacto entre las partes queda supeditado a que el país cuya jurisdicción se haya estipulado como competente sea miembro del propio Convenio CMR.

El propósito de esta mención no es otro que asegurar la aplicación efectiva del Convenio a todo supuesto internacional de transporte de mercancías por carretera no excluido explícitamente en alguna de sus disposiciones, y a su vez, considerar nulo según el artículo 41.1 todo pacto de sumisión jurisdiccional que confiera competencia para conocer de la controversia a un tribunal de un país no miembro del Convenio¹².

Sin duda esta restricción cuantitativa a la libertad de elección de foro para el transporte internacional de mercancías por carretera es muy significativa, limitación que curiosamente no pasa desapercibida por su inexistencia en cuanto a la regulación de los foros objetivos alternativos del propio artículo 31. Es decir, el Convenio reduce el margen de libertad de elección de foro a las partes contractuales, imponiéndoles que para el caso de que acuerden una cláusula atributiva de jurisdicción deberán designar obligatoriamente como competente un tribunal de un Estado parte en el propio Convenio. En consecuencia, una cláusula atributiva de competencia a un tribunal de un Estado no contratante será declarada nula, con independencia de que las leyes de ese tercer Estado permitan la aplicación íntegra del CMR.

Dicho esto, nada impide que, con la entrada en juego de los foros alternativos en ausencia de elección pactada, pueda darse el caso de que un país no firmante del CMR conozca de una controversia de estas características. Pues el Convenio no exige para su aplicación que tanto el país del lugar de toma de la mercancía, como el país del lugar previsto para su entrega sean parte de él, permitiendo que tan solo uno de los dos lo sea.

La redacción del artículo 31.1 del CMR ha permitido interesantes debates doctrinales y jurisprudenciales que han llevado a claras divergencias interpretativas en cuanto a la determinación como exclusiva y excluyente de la jurisdicción acordada mediante sumisión expresa por voluntad de las partes en relación con los foros alternativos que de manera objetiva quedan recogidos por el texto internacional¹³, o en cambio, la consideración como adicionales de estos últimos respecto al acuerdo de elección de foro¹⁴. Tal interpretación trae su razón de ser principalmente en las diferencias entre el Derecho continental y el Derecho anglosajón.

Las dos posturas doctrinales y jurisprudenciales enfrentadas abordan desde opuestas perspectivas jurídicas los diversos y legítimos intereses en presencia dentro de esta área del Derecho

12 PUTZEYS, J., “L’adaptation de la Convention CMR à l’ère informatique”, *URL*, 2006, t.3, vol. XI, pp. 373-375; SÁNCHEZ GAMBORINO, F.J., *El contrato de transporte internacional: CMR*, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 270-271; BELINTXON MARTÍN, U., *Derecho europeo y transporte internacional por carretera*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 182-183.

13 Puede verse a favor del posicionamiento como exclusivo del acuerdo de sumisión expresa: SÁNCHEZ GAMBORINO, F.J., *op. cit.*, nota 12; RODIERE, R., “La CMR”, *Bulletin des Transports*, 1974, pp. 338-339.

14 En tal sentido: MESSENT, A., y GLASS, D.A., *CMR: Contracts for the international carriage of goods by road*, Informa Law from Routledge, Nueva York, 2017, p. 242.; LOEWE, R., *Note explicative sur la convention relative au contract de transport international de marchandises por la route (CMR) deu 19 de Mai de 1956*, Ad.Nations Unies, Ginebra, 1975, p. 240; PUTZEYS, J., *op. cit.*, nota 12, p. 1090.

del transporte internacional: la doctrina a favor de calificar el acuerdo atributivo de jurisdicción como exclusivo y excluyente entiende que es necesario garantizar la autonomía de las partes en la relación contractual, y el propio acuerdo pactado. En cambio, la doctrina contraria, mayormente anglosajona, entiende que el demandante debe de poder elegir entre el abanico de foros competenciales más amplio posible, es decir, entre el foro competencial acordado por las partes, y cualquiera de los foros objetivos alternativos recogidos en el Convenio.

Tal perturbadora incertidumbre interpretativa tiene sus consecuencias en el plano práctico de la actividad, que se traduce en una aplicación por parte de los tribunales estatales mucho menos uniforme de la que cabría esperar para un texto internacional de estas características. Desde luego nuestro posicionamiento en uno u otro sentido queda supeditado a varios condicionantes, la seguridad jurídica, la igualdad de las partes y el actual contexto en el sector del transporte de mercancías por carretera de carácter internacional.

La capacidad de elección jurisdiccional de las partes para conocer de una controversia tras vincularse contractualmente en una materia de derecho privado dispositivo, como es aceptar o no la ejecución de un transporte internacional de mercancías por carretera, debe ser respetada y protegida dentro de los márgenes del Convenio internacional aplicable, del Derecho europeo, del orden público y del respeto a la igualdad de las partes.

Inclinarse a priori por una postura doctrinal que considera como adicional a la elección jurisdiccional de las partes los foros objetivos recogidos en el Convenio, supondría ir en detrimento de la exclusividad de la sumisión expresa de carácter voluntario y esto significaría aceptar como válido el incumplimiento de un pacto de atribución competencial que ha podido quedar establecido en el propio contrato de transporte como estipulación o incluso posteriormente una vez acaecido el hecho. En este sentido, podrá argumentarse jurídicamente que la toma en consideración de tal postura quebraría un principio jurídico fundamental, como es que los contratos realizados de buena fe y conforme a la ley, se perfeccionan por el mero consentimiento de las partes obligando desde ese momento no solo a lo expresamente pactado, sino también a todas aquellas consecuencias no contrarias a derecho, ni a la buena fe.

En consecuencia, posibilitar al demandante elegir entre lo expresamente pactado y los foros alternativos conllevaría que, según el hecho generador del perjuicio y el tipo de consecuencias generadas, la parte actora podría localizar previo estudio de la jurisprudencia, la acción ante la jurisdicción más favorable a sus pretensiones. Es decir, se estaría permitiendo un *forum shopping* convencionalizado, que sin duda generaría notables tasas de incertidumbre al operador del sector, pudiendo producirse en ciertos casos la merma del equilibrio de las partes contratantes y socavar la pretendida seguridad jurídica y el óptimo grado de previsibilidad que las reglas de competencia judicial deben presentar desde una perspectiva objetiva.

Desde luego la permisividad de un amplio abanico de foros de ataque además del foro establecido en la cláusula de atribución competencial permite equilibrar la igualdad de las partes para los casos en los que vaya inserta de manera predeterminada en la propia carta de porte una determinada cláusula atributiva de jurisdicción. Únicamente estos casos exigirían establecer un reparto equilibrado de riesgos y responsabilidades entre cargadores y transportistas. La eliminación de cualquier tipo de abuso de posición dominante en la negociación contractual

entre las partes es absolutamente necesario en el contexto internacional actual en materia de transporte. Pero no pueden obviarse los usos y costumbres del concreto sector comercial.

Dicho esto, en el siglo XXI de la especialización el posicionamiento doctrinal en favor de la permisividad de los foros alternativos como adicionales al pacto inter-partes de elección de foro, a priori parece contraproducente para la búsqueda de la uniformidad, la aceptación y el respeto del protagonismo que en el contexto jurídico actual del derecho privado dispositivo merece la autonomía de la voluntad en materia de transporte internacional de mercancías por carretera.

Así, siempre y cuando el equilibrio entre las partes en la negociación contractual esté garantizado, la primacía del foro derivado del juego de la sumisión expresa o tácita de las partes frente al elenco de foros objetivos consagrados en la normativa convencional debe garantizarse, quedando la operatividad de los foros alternativos subordinada a la utilización por las partes del margen de autonomía de la voluntad conferido en cuanto a la determinación del tribunal competente.

Expuesto lo anterior, si nos acogemos a la tesis de la permisividad de los foros alternativos como adicionales al acuerdo atributivo de jurisdicción ningún sentido tiene el condicionante limitador de la autonomía de la voluntad de las partes para la elección de la jurisdicción competente del artículo 31.1 del CMR, puesto que choca frontalmente con permitir una serie de posibilidades judiciales objetivas, que acrecientan el particular y llamativo ámbito de aplicación del Convenio, en detrimento de la seguridad jurídica. Tal consciente imprecisión en las reglas de conexidad premia al más veloz en la interposición de la acción, permitiendo divergencias en el resultado jurídico final dependiendo de si la demanda se interpone ante la jurisdicción de un país contratante u otro, o incluso ante un tercer país no parte del CMR, siendo sustanciales las diferencias existentes en la interpretación mediante la ley nacional del Estado correspondiente de ciertas lagunas del texto internacional, y también respecto a la ley aplicable a un transporte internacional de mercancías por carretera en un Estado no contratante, respecto a las materias de limitación de responsabilidad, quantum indemnizatorio, prescripción de acciones, ejecución de resoluciones judiciales y factores de responsabilidad.

En efecto, la extensión del ámbito de aplicación de la norma declarado en el artículo 1 es controvertida, y exige para su aplicación que tan solo uno de los dos países donde se produce la carga de la mercancía o la entrega o descarga al destinatario sea miembro del Convenio CMR. Esto abre un margen nada despreciable para que los tribunales de un tercer Estado entren a conocer de un incumplimiento en la ejecución de un contrato de transporte internacional de mercancías por carretera que pueda finalmente conllevar responsabilidades tanto contractuales como extracontractuales, pues así lo permiten los foros objetivos establecidos en el CMR para los casos en los que no exista un pacto de elección jurisdiccional.

En todo caso, no debe olvidarse que un Estado que no es parte en el Convenio no tiene obligación de aplicarlo, y deberá tenerse en cuenta que el Juez o tribunal de ese Estado ajeno al CMR acudirá a su sistema de Derecho internacional privado, entrando a aplicar su normativa interna, o un Convenio especial en vigor y aplicable para los transportes internacionales de mercancías por carretera desde su particular perspectiva jurídica, que como el CMR tenga un ámbito de aplicación condicionado a que tan solo una de las partes forme parte del Convenio

internacional¹⁵. Así podrá aducirse por parte de los juzgados y tribunales de este tercer Estado que el Derecho ajeno es contrario a ciertas normas estatales imperativas o incluso la siempre recurrente contrariedad del orden público¹⁶ para no aplicar las disposiciones contenidas en el CMR, y esto haría necesario según los criterios hermenéuticos esgrimidos por el TJUE en su sentencia TNV vs AXA de 4 de mayo de 2010 activar la aplicación de las normas sobre de competencia judicial y reconocimiento y ejecución de decisiones del RBI bis desplazando la aplicación del CMR. Cuestión a la que el TJUE no ha querido contestar en este asunto a pesar de competirle según el artículo 267 TFUE.

Respecto a las cuestiones prejudiciales segunda y tercera, el TJUE declara que el artículo 45, apartado 1, letras a) y e), inciso ii), del RBI bis, debe interpretarse en el sentido de que no permite a un órgano jurisdiccional de un Estado miembro denegar el reconocimiento de una resolución de un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro basándose en que este último órgano jurisdiccional se ha declarado competente para pronunciarse sobre una acción ejercitada en virtud de un contrato de transporte internacional dejando sin aplicación un acuerdo atributivo de competencia, en el sentido del artículo 25 de dicho Reglamento, que forma parte de ese contrato. La argumentación del máximo Tribunal de la Unión en esta decisión nace en la cuestión de la competencia judicial internacional¹⁷ y se proyecta sobre el ámbito del reconocimiento y ejecución de decisiones y, es acertada. Pero la duda que cabe plantearse es si el Tribunal sigue un criterio hermeneúutico claro al pronunciarse sobre esta cuestión o, si en cambio, en ocasiones se extralimita inmiscuyéndose en un terreno abonado por la política legislativa diluyendo el citado inspirador criterio hermeneúutico (revítese el posicionamiento del TJUE en su sentencia de 20 de junio de 2022, asunto C-700/20¹⁸ dónde se posicionada en un sentido divergente al actual al realizar una interpretación a sensu contrario¹⁹). Y a su vez, debemos valorar si esta intromisión aflora ante la patente inacción del legislador de la Unión en una materia nuclear como la del transporte internacional.

III. CONCLUSIONES

Sin duda, es necesario que el sistema competencial establecido en el CMR evolucione sin condicionantes hacia criterios de atribución determinados por la autonomía de la voluntad de las

15 El Acta Ohada, aplicable al transporte internacional de mercancías por carretera en vigor para ciertos países africanos es un régimen jurídico internacional también en materia de transporte, que aun habiéndose establecido con claras similitudes y gran influencia del CMR, es un cuerpo normativo independiente.

16 En tal sentido véase: LASA, B., “Competencia judicial internacional y regulación del arbitraje en el convenio CMR”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. IV, 2004, pp. 287-308; PUTZEYS, J., *op. cit.*, nota 12, p. 88-89.

17 ÁLVAREZ RUBIO, J.J., *Los Foros de competencia Judicial internacional en materia marítima (Estudio de las relaciones entre los diversos bloques normativos)*, Departamento de Transporte y Obras Públicas del Gobierno Vasco, Bilbao, 1993, pp. 29 ss.

18 STJUE (Gran Sala) de 20 de junio de 2022 (Asunto C-700/20), ECLI:EU:C:2022:488.

19 BELINTXON MARTÍN, U., “El des-PRESTIGE de las instituciones y la ausencia de especialidad: ¿males del Siglo XXI? Reflexiones sobre el Asunto Prestige y la compleja relación del arbitraje con el sistema europeo”, *La Ley Mediación y Arbitraje*, núm. 17, 2023.

partes, y evitar así que la regla de especialidad claudique en favor de instrumentos europeos como el RBI bis en aquellos casos en los que no se garantice un alto grado de previsibilidad, una buena administración de justicia, la reducción de procedimientos paralelos, unas condiciones igual de favorables que las previstas en la citada norma europea, la libre circulación de las resoluciones en materia civil y mercantil, y la confianza recíproca en la justicia en el seno de la UE.

Dicho esto, queremos volver a reiterar que es imprescindible la especialización para el sector del Derecho del transporte por carretera en nuestro siglo. Lo más recurrente para evitar cualquier clase de distorsión y resultados judiciales divergentes según el Estado miembro ante el cual se haya iniciado una acción judicial en materia de transporte internacional de mercancías por carretera es sin duda alguna dar cabida a la perentoria necesidad de aproximar las legislaciones nacionales y armonizar el derecho aplicable de los distintos Estados contratantes.

Eso sí, desde la óptica de la especialización y de los criterios hermenéuticos establecidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 4 de mayo de 2010, asunto C-533/08, debemos mostrar ciertas reservas al posicionamiento esquivo, o tal vez poco valiente, del TJUE respecto a la primera cuestión prejudicial planteada y la aplicación de la regla de especialidad en esta reciente resolución.

COMPETENCIA Y LEY APLICABLE EN LOS LITIGIOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD EN EL ENTORNO VIRTUAL (STS CIV 1ª 24 JUNIO 2024)

CLARA ISABEL CORDERO ÁLVAREZ*

I. HECHOS

El TS se ha pronunciado en su sentencia 3537/2024 de 24 de junio¹ sobre dos cuestiones relevantes para el DIPr, ante una eventual infracción transfronteriza de derechos de la personalidad por la publicación de varias fotografías en la red social Facebook. El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la supuesta víctima contra la sentencia dictada en grado de apelación² que resolvía negativamente el recurso presentado frente a la resolución de instancia³.

Los antecedentes de hecho se concretan en los siguientes. La demandante, ciudadana española con domicilio en la provincia de Huesca (D^a Ariadna), y el demandado (Sr. Alejandro), ciudadano francés con domicilio en Francia, contrajeron matrimonio en mayo de 2021. Cuando se interpuso la demanda sobre protección de los derechos a la intimidad y a la propia imagen (29 de abril de 2022), las partes se encontraban en trámites de divorcio. Son varias las acciones que se ejercitan conjuntamente por la demandante ante los tribunales españoles: 1) acción indemnizatoria (10.000 euros) por los daños causados por la intromisión ilegítima de sus derechos⁴ por la publicación en Facebook de imágenes sin su consentimiento; 2) cesación de dichos comportamientos (así como la solicitud de abstenerse el demandado de realización de actos futuros semejantes); 3) eliminación de todas las imágenes difundidas en redes en las que aparezca la demandante.

Los dos tribunales de instancia declaran que no existía prueba de crisis matrimonial cuando se produjo la supuesta infracción de los derechos. Los días 31 de octubre, 13, 15 y 24 de noviembre de 2021 el demandado publicó en su muro de Facebook diversas fotografías con imágenes de la demandante, realizadas en fechas anteriores. La captación de las imágenes no es una cuestión controvertida, al ser tomadas con consentimiento de la actora. Las fotografías controvertidas son imágenes relativas a momentos agradables o lúdicos de la vida cotidiana

* Prof^a contratada Doctor de la Universidad Complutense de Madrid (Acr. Titular). Miembro del IDEIR.

1 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Secc. Primera, de 24 de junio de 2024, recurso n^o 7054/2023 (Ponente: Rafael Saraza Jimena). ECLI:ES:TS:2024:3537

2 Sentencia n^o 124/2023, de 7 de junio, dictada por la Secc. Primera de la AP de Huesca.

3 Sentencia n^o 48/2023, de 17 de marzo, del Juzgado de 1^a instancia n^o 4 de Huesca, sobre protección de los derechos a la intimidad y a la propia imagen, que desestimó la demanda, con imposición de costas a la parte demandante.

4 Derecho a la intimidad y la propia imagen, al amparo de la LO 1/1982, de 5 de mayo, y de conformidad con el art. 18.1 de la Constitución Española

de la familia, en muchas aparece también el propio demandado. No resultó probado que el muro de Facebook del demandado fuera público o que las imágenes hubieran sido publicadas en abierto.

Existe prueba de que con anterioridad a la publicación las partes mantenían una relación afectiva normal, no hay elementos de prueba que permitieran deducir una crisis o conflicto. Hay comportamientos de la demandante en la misma red social que permitían deducir objetivamente la buena relación entre las partes en el momento de la publicación de las fotos controvertidas; y que no manifestó disconformidad con estas imágenes y/u otras semejantes colgadas en esta misma plataforma por el demandado o por terceros. Respecto de las imágenes publicadas, cabe referir que la demandante había reaccionado con «jadore» a la publicación en fechas anteriores de algunas de las fotografías; había hecho el comentario «belle photo, très belle» a una fotografía publicada por el demandado el 14 de octubre de 2021, en el que aparece una imagen de la pareja en términos análogos a las imágenes controvertidas. Terceras personas publicaron con el consentimiento de la demandante imágenes de la boda de los litigantes, así como el demandado, respecto de las cuales la actora interactuó diciendo «jadore». La demandante manifiesta que la publicación de las fotografías se hizo sin su consentimiento, sin que el consentimiento para su realización implicara su publicación. Las sentencias de instancia consideraron que, en estas circunstancias, el demandado pudo razonablemente entender que estaba autorizado por su esposa para la publicación. La demandante en ningún momento anterior a la interposición de la demanda manifestó objeción alguna a la publicación de las fotografías controvertidas ni exigió su retirada.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: CUESTIONES DE COMPETENCIA Y DE LEY APLICABLE

El asunto principal presenta varios elementos extranjeros para apreciar un litigio privado transfronterizo y, en consecuencia, la aplicación de las normas de DIPr. Los elementos de internacionalización se concretan, entre otros, en la nacionalidad de las partes (española y francesa), el domicilio del demandado (Francia), la nacionalidad y domicilio de la sociedad titular de la plataforma de la red social (Facebook) y de la filial que gestiona la publicidad para la versión francesa de la red social. La determinación de la competencia de los tribunales españoles y la aplicabilidad del Derecho español como ley rectora del fondo (en función de la cual se ha resuelto) deben ser conformes con el sistema de DIPr aplicable. El TS declara que tanto la competencia como la ley aplicable fueron correctamente apreciadas por los tribunales de instancia. La veracidad de esta afirmación depende de su conformidad con la jurisprudencia del TJUE.

La competencia en este tipo de litigios en la UE se determina por el Reglamento Bruselas I *bis*⁵ (Capítulo II). La aplicabilidad de las reglas del Reglamento, en particular, del fuero del lugar del daño (art. 7.2), depende de que el litigio principal caiga dentro de sus ámbitos de aplicación. El

5 Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. DO L 351 de 20.12.2012, p. 1–32.

requisito temporal resulta cubierto por la fecha de presentación de la demanda (29 de abril de 2022)⁶. Siendo que el demandado tiene su domicilio dentro de la UE (Francia) se cumple con la regla general de aplicación personal para su Capítulo II (art. 5.1). No existe debate sobre que las acciones de protección de los derechos de la personalidad están incluidas dentro de la materia extracontractual del instrumento –estatuto delictual o cuasi delictual⁷– y, por tanto, están cubiertas por la regla del art. 7.2⁸. En consecuencia, para el litigio principal resulta aplicable la doctrina del TJ en interpretación y alcance del criterio “lugar del daño” para localizar las jurisdicciones competentes en la UE para este tipo de supuestos⁹, en particular, cuando la infracción se verifica en el medio virtual¹⁰. De ello depende si España en este asunto puede calificarse como lugar del daño para fundamentar su competencia, sobre la base del art. 7.2.

En la Sentencia *eDate*¹¹ se adapta la doctrina *Shevill* a los supuestos de difamación en Internet (y otras vulneraciones de derechos de la personalidad en este medio). Se mantienen los dos criterios de conexión de *Shevill*, pero adaptándolos al medio y a los actores que operan en él, y se crea una nueva alternativa con alcance universal: el criterio del centro principal de intereses de la víctima. El lugar de origen del daño se localiza, en primer lugar, en el Estado miembro del lugar de establecimiento del editor o emisor del contenido lesivo¹² –que se

6 Siendo aplicable el Reglamento para las acciones judiciales ejercitadas a partir del 10 de enero de 2015 (de conformidad con su art. 66 apartado 1).

7 Delimitado a los efectos del instrumento de manera autónoma e independiente de cualquier calificación nacional. En este sentido, entre otras, STJUE 13 marzo 2014, as. C-548/12, *Marc Brogssitter v. Fabrication de Montres Normandes EURL*, DOUE C-101 (6.4.2013), que reafirma su posición doctrinal previa (véase jurisprudencia previa ahí citada).

8 *Vid.* FJ Segundo, numero 3, STS de 24 de junio de 2024.

9 Siendo la conocida Sentencia *Shevill* la primera de ellas (STJCE, de 7 de marzo 1995, as. C-68/93. ECLI:EU:C:1995:61), asentando una doctrina que cada vez es más extensa y completada con otras resoluciones posteriores (*eDate Advertising*; *Bolagsupplysningen OÜ*, *Gfflix Tv*, etc.), en esta particular materia, en la que el medido en el que el supuesto daño se infringe es determinante para concretar ese lugar o lugares del daño. Un análisis de esta sentencia y de la principal doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia en esta materia para la aplicación del fuero especial del lugar del daño a la luz de los instrumentos europeos puede verse en DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “Derechos de la personalidad y reputación en medios digitales transfronterizos”. *Derecho Privado y Constitución*, 40, 2022, pp. 171-205. En general, sobre todas las cuestiones de DIPr en torno a los litigios internacionales sobre derechos de la personalidad, CORDERO ÁLVAREZ, C. I., *Litigios internacionales sobre difamación y derechos de la personalidad*, Dykinson, Madrid, 2015; en particular, sobre la competencia judicial internacional, Cap. II.

10 La doctrina *Shevill* no opera automáticamente para el medio virtual, ya que plantea ciertas peculiaridades respecto de otros medios de difusión –tradicionales–; lo que ha reclamado la intervención del TJ para adaptarla. En este sentido ya se manifestaron en su momento la principal doctrina en relación con el art. 5.3 del Reglamento Bruselas I, cuya argumentación es extrapolable al vigente art. 7.2 del Reglamento Bruselas I *bis*. Entre otros, MANKOWSKI, P.: “Sección 2, Special Jurisdictions: Article 5”, en MANKOWSKI, P. ; MAGNUS, U. (eds.), *European commentaries on Private International Law. Brussels I Regulation*. 2nd Revised Edition, Sellier (European law publishers), Munich, 2011, pp. 88– 284, en esp. pp. 261-265; CORDERO ÁLVAREZ, C. I., “Algunos problemas de aplicación del art. 5.3º del Reglamento 44/2001”, *AEDIPr*, 2009, pp. 411-428.; PALAO MORENO, G. “Competencia judicial internacional en supuestos de responsabilidad civil en Internet”, *TICs*, Navarra, 2006, pp. 275-297.

11 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 25 de octubre de 2011, asuntos acumulados *eDate Advertising* (C-509/09) y *Martinez y Martinez* (C-161/10), ECLI:EU:C:2011:685.

12 Resultante de conjugar *Shevill* y *eDate*.

identifica generalmente con su domicilio¹³, como en el asunto principal, que se concretaría en Francia—, con competencia para reparar la integridad de los daños. Pero es el criterio del centro de intereses de la víctima¹⁴, declarado como lugar donde se ha producido o pueda producirse el hecho dañoso (*locus delicti*)¹⁵, la opción para España para fundamentar su competencia; ya que éste coincide normalmente con su domicilio —aunque puede probarse que el centro de intereses principales se encontraba en otro Estado miembro¹⁶—. El lugar de materialización del daño en este tipo de litigios a distancia se concreta en el lugar de acceso al contenido lesivo, siempre que la víctima sea conocida allí para que concurra el bien jurídico protegido (confirmándose el criterio del mosaico¹⁷, aunque con competencia limitada). En el supuesto de referencia, con un personaje particular que no es conocido mundialmente, el espectro de potenciales Estados miembros como lugar de materialización se reduce significativamente. La demandante únicamente es conocida en España y en Francia —este último país por vinculación con su marido—, por lo que la concurrencia del bien jurídico sólo cabría afirmarse respecto de estos dos Estados. La jurisdicción francesa en el litigio principal es el foro natural del domicilio del demandado que, además de contar con competencia universal, como criterio general se aplica en lugar del fuero especial (como *locus delicti* o como *locus damni*). Respecto de la jurisdicción española, a los efectos del art. 7.2 en ella concurre tanto la condición de lugar de origen del daño (centro principal de intereses), como también lugar de materialización. Parece lógico que se opte por la primera para poder fundamentar la competencia universal de nuestros tribunales para conocer de la totalidad de daños y poder ejercitar todas las acciones vinculadas de naturaleza ilimitada (como son las medidas de cesación, rectificación o supresión de los contenidos en Internet¹⁸).

La jurisprudencia *e-Date* está referida adecuadamente por el TS para fundamentar la competencia correcta de los tribunales nacionales como lugar de origen del daño, como centro principal de intereses de la demandante, en aplicación del art. 7.2. No obstante, en el mismo

-
- 13 Alzándose el criterio general de competencia del art. 4 RBi**is** en lugar del fuero especial.
- 14 Considerando que es el foro más próximo y, en consecuencia, mejor situado para conocer de la totalidad de los daños y al mismo tiempo es suficientemente previsible para el presunto responsable —el emisor de los contenidos— (apdos. 48-50, *eDate*).
- 15 Siguiendo expresamente el criterio propuesto por el Abogado General en el apartado 56 de sus conclusiones. Conclusiones AG, P. CRUZ VILLALÓN, presentadas el 29 de marzo de 2011 (ECLI:EU:C:2011:192).
- 16 “En la medida que otros indicios, como el ejercicio de una actividad profesional, permitan establecer la existencia de un vínculo particularmente estrecho con ese Estado miembro” (apdo. 49, *e-Date*).
- 17 Esta doctrina se ve ratificada posteriormente por el TJUE en sus sentencias *Bolagsupplysningen* y *Gtflif Tv*, confirmando que de acuerdo con el art. 7.2 RBi**is** los tribunales de un Estado miembro, como lugar del daño (de acceso), tienen competencia limitada a los daños o efectos lesivos manifestados en su territorio, por lo que las medidas que pueden instarse y adoptarse ante esa jurisdicción deben estar limitadas a ésta, es decir, aquellas fraccionables: típicamente las de naturaleza monetaria —reparadoras o indemnizatorias—; no así las acciones que pretendan la cesación o supresión de la información en un medio como Internet. STJUE de 17 de octubre de 2017, *Bolagsupplysningen*, as. C-194/16 (EU:C:2017:766) y STJUE de 21 de diciembre de 2021, *Gtflif Tv*, as. C-251/20 (EU:C:2021:1036).
- 18 Para aquellas acciones que persigan la rectificación de contenidos o la supresión de información publicada en el medio virtual el Tribunal de Justicia concluye que su carácter es único e indivisible, debido a la “naturaleza ubicua de los datos y los contenidos puestos en línea en un sitio de Internet” (apdo. 48, *Bolagsupplysningen*). La naturaleza de estas medidas condiciona los tribunales ante los que se pueden ejercitar: únicamente aquellos que tengan competencia universal o ilimitada.

contexto también refiere exclusivamente otra Sentencia (*Bolagsupplysningen*¹⁹) pero no otras resoluciones de las que pudiera extraerse doctrina aplicable al litigio principal; por lo que la referencia jurisprudencial resulta incompleta e inexacta. El contexto en el que refiere la sentencia *Bolagsupplysningen* resulta impostada y no se ajusta a la realidad de las circunstancias del litigio principal en el sentido que se alega (o pretende) por el TS en su *obiter dicta*. Si bien esta resolución confirma la doctrina *eDate*, su aportación adicional en este sentido no es aplicable al asunto de referencia: la operatividad del criterio del centro de intereses, delimitando y concretado su alcance, cuando la víctima sea persona jurídica. No se entiende que el TS haga referencia a esta resolución y no a otras. Entre las resoluciones en las que por el TJUE ha establecido importantes precisiones adicionales para el criterio “centro de intereses” destaca la sentencia *Mittelbayerischer Verlag*²⁰. En esta resolución se declara que este criterio opera sólo en el caso de que el contenido publicado contenga hechos objetivos y verificables, sobre la base de los cuales esta persona pueda ser identificada personalmente directa o indirectamente en dicho país²¹. En el asunto de referencia, al tratarse de la publicación de imágenes de la demandante, la identificación –directa– es más que evidente. También es llamativo que el TS no refiera la sentencia *Bolagsupplysningen*²² para fundamentar la competencia de los tribunales nacionales para conocer de todas las acciones que por la demandante se instaron para la tutela de sus derechos sobre la base del art. 7.2²³.

La terminología utilizada por el TS para concluir sobre la correcta aplicación del art. 7.2 por las instancias, no resulta tampoco del todo adecuada. Se declara por el TS que “*en el caso objeto de este recurso, la demandante ha optado por el fuero del Estado en el que se han producido los efectos del hecho dañoso, por cuanto que la presunta vulneración de sus derechos fundamentales consistiría principalmente en la difusión de su imagen entre los internautas residentes en España, que constituye su centro de intereses principales, a falta de la justificación de que este no coincida con el Estado de su domicilio, y donde más personas pueden reconocerla como la persona que aparece en esas fotografías*”²⁴. Esa identificación sin matices del lugar de origen como “lugar en el que se han producido los efectos del hecho dañoso”,

19 Un análisis de esta sentencia en MERCHÁN MURILLO, A. “El centro de intereses de la persona jurídica: comentario a la sentencia del TJUE de 17 de octubre de 2017, *Bolagsupplysningen Oü, Ingrid Ilsjan y Svensk Handel ab, c-194/16*”, *CDT*. Vol. 10, 2018(2), pp. 887-895; MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A. “¿En qué estado se ha producido el daño en el caso de publicación en internet de información inexacta? Comentario a la sentencia TJUE de 17 octubre de 2017, asunto C-194/16: *Bolagsupplysningen e Ilsjan (JUR 2017, 261903)*”, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, N° 45, 2018.

20 STJUE de 17 de junio de 2021, *Mittelbayerischer Verlag*, C-800/19, EU:C:2021:489.

21 Apdos 36, 42, 43, 46 y fallo, *Mittelbayerischer Verlag*.

22 En *Bolagsupplysningen* se matiza por el TJUE la doctrina previa establecida en *eDate* (apartados 51 y 52), para aquellas pretensiones de naturaleza ilimitada condicionadas por el medio virtual. Partiendo precisamente de la naturaleza ubicua de los datos y los contenidos puestos en línea en un sitio de Internet y de que el alcance de su difusión es, en principio, universal (apdo. 46, sentencia *eDate*) “una demanda que tenga por objeto la rectificación de los primeros y la supresión de los segundos es única e indivisible y, en consecuencia, sólo puede interponerse ante un tribunal competente para conocer íntegramente de una acción de indemnización del daño”, en virtud de la jurisprudencia resultante de las sentencias *Shevill* (apartado 32), y *eDate* (apartado 48).

23 *Vid. supra* notas n° 18 y n° 23.

24 FJ Segundo, punto 3°.

manifiesta una confusión en la necesaria distinción entre el lugar de origen (lugar del hecho dañoso) y el lugar o lugares de materialización del daño en los que se producen los efectos del hecho dañoso, con consecuencias importantes de alcance de competencia. Asimismo, parece que limita los daños al territorio español (*consistiría principalmente en la difusión de su imagen entre los internautas residentes en España*), por lo que su argumentación justificaría más que la condición de España como centro principal de intereses como lugar de materialización del daño, con la consecuente limitación de su competencia –que la inhabilitaría para conocer más allá de la acción indemnizatoria por esos daños sufridos en el territorio nacional–.

Respecto de la ley aplicable, se confirma la no aplicación del Reglamento Roma II²⁵, que excluyó de su ámbito de aplicación las obligaciones derivadas de la vulneración de los derechos de la personalidad (art. 2.1 letra g), y la aplicabilidad del art. 10.9 CC²⁶ a falta de otra regla más específica. La regla conflictual prevista “lugar del daño”, sin ninguna precisión adicional, requiere precisarse cuando se trate de ilícitos a distancia. El TS vincula esta interpretación al criterio lugar del daño del art. 7.2 del RBI *bis*²⁷ “entendido como el lugar donde se produce la difusión del contenido ofensivo”. Esa afirmación permite tanto el lugar de origen como el de acceso (*delicti y damni*). Esta aproximación evita la teoría el mosaico (aunque en este asunto sea muy limitada), determinando la aplicación de un único ordenamiento: el español como *lex fori*, al ser el centro principal de intereses con competencia universal.

III. CONCLUSIONES

La protección transfronteriza de los derechos de la personalidad por intromisión causada por un contenido publicado en Internet, dentro de la UE se articula a través del RBI I *bis*. El fuero especial en materia extracontractual del art. 7.2 (donde encaja este tipo de litigios), como alternativa al foro general del domicilio del demandado (Francia en el asunto principal), permite potencialmente a la víctima traer el litigio a la jurisdicción de su domicilio como típico centro principal de sus intereses, con una competencia ilimitada para conocer de todos los daños (efectos lesivos) y en relación con todas las acciones o medidas que el Derecho nacional articule para la tutela (incluida la supresión, el bloqueo o la rectificación) de conformidad con la asentada doctrina del TJUE. Cuestión distinta es la concreción de la ley aplicable, por cuanto que la materia está excluida de las normas uniformes del RRII; lo que supone para las autoridades españolas la aplicación de la solución general del art. 10.9 Cc, sin concreciones específicas para los ilícitos a distancia. Se constata que los jueces y tribunales españoles son cada vez más conscientes de la existencia y funcionamiento de los instrumentos y normas que configuran nuestro sistema de DIPr. No obstante, se aprecian ciertos errores en el alcance y aplicación de la referencia jurisprudencial del TJUE en la materia; así como, en la terminología utilizada.

25 Reglamento (CE) n.º 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).

26 Las obligaciones no contractuales se regirán por la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho de que deriven

27 Desvinculándose de la aproximación mayoritaria de la doctrina nacional en este sentido, que aboga por su interpretación en paralelo al RRII. *Vid.* CORDERO ÁLVAREZ, C. I., *Litigios internacionales sobre difamación...*, *ob. cit.*, Cap. III.

COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PARA ADOPTAR MEDIDAS EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL Y ALIMENTOS EN RELACIÓN CON EL HIJO COMÚN RESIDENTE EN BIELORRUSIA, EN EL MARCO DEL PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO (TRIBUNAL SUPREMO, SALA PRIMERA, DE LO CIVIL, SENTENCIA 979/2024 DE 10 JUL. 2024)

MARÍA GONZÁLEZ MARIMÓN*

I. INTRODUCCIÓN

Este comentario tiene por objeto la Sentencia del Tribunal Supremo 979/2024, de 10 de julio de 2024, dictada por la Sala Primera de lo Civil¹.

La sentencia versa sobre un caso de divorcio entre dos personas de distinta nacionalidad, española y bielorrusa, y la petición accesoria de adopción de medidas en materia de responsabilidad parental del hijo común, así como de la determinación de la obligación de alimentos.

La cuestión jurídica principal gira en torno a la justificación de la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles para conocer de las medidas en materia de responsabilidad parental del menor y de las obligaciones de alimentos, en el marco de un procedimiento de divorcio.

II. HECHOS

Los hechos los protagonizan un matrimonio entre D. Anibal, de nacionalidad española, y Dña. Diana, de nacionalidad bielorrusa, contraído en 2017 y con un hijo común nacido en 2018.

Las circunstancias del caso son las siguientes: en julio de 2020 D. Anibal firma una autorización de viaje fuera del territorio nacional hasta septiembre de 2020. En septiembre de 2020, Dña. Diana denuncia a D. Anibal por episodios de violencia de género. Sin embargo, el Juzgado de Violencia sobre la mujer no otorga la orden de protección solicitada; y finalmente, en abril de 2022 se ordena el archivo por prescripción por haberse suspendido el juicio al encon-

* Profesora Ayudante Doctora de Derecho internacional privado de la Universitat de València.

1 ECLI: ES:TS:2024:4133. En concreto, esta sentencia resuelve el recurso de casación y extraordinario por infracción procesal interpuesto por D. Anibal, contra la sentencia n.º 123/2023, de 13 de febrero, dictada por la Sección 22.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación n.º 796/2022, dimanante de las actuaciones de divorcio contencioso n.º 636/2020 del Juzgado de Primera Instancia n.º 28 de Madrid.

trarse la denunciante en paradero desconocido. En octubre de 2020, a instancia del padre, un Juzgado dicta una prohibición de salida del territorio nacional de la Sra. Diana con su hijo. Ese mismo mes, el padre interpone una denuncia penal y solicita la búsqueda de su hijo. E igualmente, inicia el procedimiento de divorcio, objeto de estudio. Según el demandante, desde el 1 de octubre madre e hijo ya no se encuentran en el domicilio familiar de Madrid.

En primera instancia, D. Anibal presenta una demanda por la que se solicita que se decrete el divorcio con Dña. Diana. Además, solicita una serie de medidas derivadas del divorcio en relación con el hijo que tienen en común, relativas a la patria potestad –custodia en exclusiva para el padre y no establecimiento de un régimen de visitas y a la determinación de alimentos por parte de la madre–. Por su parte, la demandada, Dña. Diana, contesta a la demanda solicitando el divorcio, pero alegando que las medidas respecto del menor deben ser desestimadas porque ya ha conocido sobre las mismas un Tribunal bielorruso. En tal sentido, aporta dos sentencias del Tribunal bielorruso: i) la primera de abril de 2021 desestima la demanda del padre solicitando el retorno del menor del hijo en base al Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores; ii) La segunda sentencia, de junio de 2021, declara, a solicitud de la madre, que la residencia del niño es el lugar de residencia de su madre y la prohibición de que el hijo salga del país con el padre sin la autorización de la madre. De forma subsidiaria, solicita la custodia en exclusiva en favor de la madre, el no establecimiento de un régimen de visitas en favor del padre, y una pensión de alimentos de 150 euros al mes que sea abonada por el padre. La Sentencia de primera instancia, dictada el 23 de mayo de 2022, declara disuelto el divorcio pero se desestiman las restantes pretensiones formuladas en relación con la patria potestad y las obligaciones de alimentos, ya que se entiende que el hijo no tiene la residencia habitual en España y que, en consecuencia, se desconoce cuál es el régimen de custodia más beneficioso para él.

En segunda instancia se desestima el recurso presentado por D. Anibal, quien entiende que la aplicación del artículo 93 del CC es imperativa, mientras que Dña. Diana reitera que la cuestión ya ha sido resuelta en Bielorrusia. Finalmente, la Audiencia Provincial desestima el recurso señalando que no tiene conocimiento sobre las circunstancias del niño y que son las autoridades del lugar en el que reside las están en posición de realizar un enjuiciamiento exhaustivo.

D. Anibal interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. El primero se basa en un único motivo del artículo 469.4 de la LEC, la vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, en concreto, “*la tutela judicial efectiva prevenida en el artículo 24.1 al haber vulnerado la sentencia recurrida el artículo 39.2 y 3 de la Constitución Española*”, ya que “*se trata de un menor español que debe ser protegido conforme a los arts. 24 y 39 CE), que fue sacado ilegalmente de España y que los jueces españoles están obligados a su protección*”. El segundo se basa en el artículo 477.1 de la LEC, por vulneración del artículo 103.1.^a del Código Civil, por no aplicar el juez español las medidas oportunas sobre la guarda y custodia del niño.

El Ministerio Fiscal propone la estimación de los recursos basándose en la decisión unilateral de la madre de trasladar al menor. Se entiende que la sentencia genera indefensión ya que la sucinta motivación no da respuesta a la comunicación entre padre e hijo. Por tanto, entiende

que la protección jurídica del menor es un principio de orden público y que se debe establecer, de oficio, un sistema de comunicaciones y visitas entre padre e hijo, detallando, seguidamente, una propuesta de régimen de comunicación y visitas.

III. PROBLEMAS JURÍDICOS

La primera cuestión jurídica de interés se centra en la determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en las materias objeto de la demanda: divorcio, responsabilidad parental, y obligación de alimentos en favor del hijo. En relación con este punto, resulta sumamente preocupante que ni las partes, ni el Ministerio Fiscal, ni la primera y segunda instancia han hecho mención alguna a la determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles. Por fortuna, la sentencia del TS, objeto de estudio, da respuesta magistral a esta cuestión justificando la competencia judicial internacional de los tribunales españoles.

1. El TS comienza recordando que la competencia judicial internacional es un presupuesto del proceso que debe ser examinada de oficio de conformidad con el artículo 38 de la LEC. El TS hace un adecuado planteamiento del sistema de fuentes en base al artículo 21 de la LOPJ, recordando la aplicación subsidiaria de los foros de la LOPJ.
2. En primer lugar, los tribunales españoles son competentes en materia de divorcio en virtud del amplio elenco de foros alternativos previstos en el artículo 3 del Reglamento 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (en adelante Reglamento Bruselas II bis).
3. Ahora bien, como bien afirma el TS, el mandato de los artículos 93 y 94 del CC en virtud del cual el juez del divorcio debe establecer medidas sobre guarda y custodia y alimentos no es un fundamento para determinar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en tales materias.

En efecto, tales materias presentan un sistema de fuentes propio en materia de DIPr. Así, como acertadamente señala el TS, un tribunal español puede ser competente en materia de divorcio y no serlo en materia de responsabilidad parental. A tal efecto, el TS cita el Auto del Tribunal de Justicia de 16 de enero de 2018, *PM*, C-604/17².

Por el contrario, se debe partir del sistema de fuentes de DIPr en materia de la responsabilidad parental, y cuál de los distintos instrumentos del modelo español es aplicable al caso: el Reglamento 2201/2003 –aún aplicable desde el punto de vista temporal ya que la demanda se interpuso con anterioridad al 1 de agosto de 2022–; el Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños; o el Convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

2 ECLI:EU:C:2018:10.

En primer lugar, se debe verificar si es posible aplicar el Reglamento Bruselas II bis, en atención al artículo 61 del mismo, que se refiere a las relaciones del citado Reglamento con otros instrumentos. Como acertadamente detecta el TS, la particularidad de este caso estriba en que el menor se encuentra en Bielorrusia, Estado que ha ratificado el Convenio de La Haya de 1980, pero, por el contrario, no ha ratificado el Convenio de La Haya de 1996. En consecuencia, el supuesto trata de un traslado –falta por determinar si lícito o ilícito– de un niño de España (Estado miembro de la UE) a un Estado tercero no miembro del Convenio de La Haya de 1996.

Por tanto, como paso previo se debe determinar el lugar de la residencia habitual del niño. Y ello, en un sentido doble, tanto para determinar el instrumento aplicable y el foro en materia de responsabilidad parental, como para valorar si ha habido un traslado o retención ilícita del niño de España a Bielorrusia, como alega el padre. O bien, si, por el contrario, como alega la madre, el niño siempre ha tenido la residencia habitual en este Estado. Para ello, el Alto Tribunal reproduce la amplia jurisprudencia del TJUE sobre la interpretación del concepto de residencia habitual del menor en el Reglamento Bruselas II bis, en el que se fijan los criterios que deben tener en cuenta los tribunales nacionales para resolver los casos concretos³ (F. J. 7). Después de resumir dichos criterios, el TS los aplica al caso concreto, concluyendo que el niño tiene su residencia habitual en Bielorrusia (F. J. 8).

Algunas de las circunstancias del caso que toma en consideración el Alto Tribunal son las siguientes: el niño no habla español; además, desde su nacimiento ha pasado más tiempo en Bielorrusia que en España; la madre es la cuidadora principal del niño, y ésta cuenta con apoyo socio familiar en Bielorrusia, además de tener allí su trabajo–; a lo anterior debe añadirse que el niño vive en Bielorrusia con su hermana por parte de madre. Todos estos datos vienen a confirmar “*la integración en el entorno social y familiar de la madre en Bielorrusia, donde habría que situar, en la práctica, el centro de vida de Julio*”. Por el contrario, los siguientes datos alegados por el padre no se consideran decisivos: un tratamiento en un hospital de Madrid –frente a otra historia clínica también presente en Bielorrusia–; la asistencia a la escuela infantil durante el curso 2019-2020 y la matrícula en octubre de 2020 para el curso siguiente; o el alta del niño en el padrón en junio de 2018. En definitiva, el TS concluye que: “*en una ponderación de conjunto de las circunstancias de hecho que son particulares de este caso, si asumimos lo referido acerca de los conocimientos lingüísticos de Julio, los desplazamientos entre uno y otro país, así como las relaciones familiares y sociales de su madre, que es la que lo ha venido cuidando desde que nació, debemos concluir que cuando el Sr. Anibal interpuso la demanda, Julio no tenía su residencia habitual en España en el sentido del art. 8 del Reglamento 2201/2003*”.

Por tanto, se descarta no solo la aplicación del artículo 8 del Reglamento Bruselas II bis sino también la ilicitud del traslado del menor de España a Bielorrusia. Quedaría pues analizar

3 STJUE de 2.10.2009, en el asunto C-523/07, *A.*, ECLI:EU:C:2009:225; STJUE de 22.11.2010 en el asunto C-497/10 PPU, *Mercredi*, ECLI:EU:C:2010:829; STJUE de 9.10.2014, en el asunto C-376/14 PPU, *C.*, ECLI:EU:C:2014:2268; STJUE de 15.02.2017, en el asunto C-499/15, *W. y V.*, ECLI:EU:C:2017:118; STJUE de 8.06.2017 en el asunto C-111/17 PPU, *OL*, ECLI:EU:C:2017:436; STJUE de 28.06.2018, en el asunto C-512/17, *HR*, ECLI:EU:C:2018:513; STJUE de 17.10.2018, en el asunto C-393/18 PPU, *UD*, ECLI:EU:C:2018:835; STJUE de 1 de agosto de 2022, C-501/20, ECLI:EU:C:2022:619.

si los tribunales españoles pueden ser competentes en virtud del artículo 12 del Reglamento Bruselas II bis. El Alto Tribunal entiende que se cumplen los requisitos para aplicar el citado artículo. Destaca, en particular, como llega a la conclusión de que se da el requisito de que la competencia sea aceptada expresamente o de cualquier otra forma inequívoca por los titulares de la responsabilidad parental. *“En el caso que juzgamos la responsabilidad parental viene siendo ejercida por la madre demandada y esta, al contestar a la demanda interpuesta por el padre, no se opuso a la adopción de las medidas solicitadas por el demandante por entender que los tribunales españoles no tuvieran competencia, sino porque consideró que la denegación de restitución del niño equivalía a atribuirle la guarda y custodia y, de hecho, para el caso de que no se entendiera así, ella mismo propuso que se adoptaran medidas referidas a la atribución de la guarda y custodia exclusiva a la madre, con obligación de pagar una pensión de alimentos a cargo del padre y sin derecho de visitas. De todo ello podemos deducir que, de forma inequívoca, las partes aceptaron con su comportamiento la competencia del tribunal que iba a conocer del divorcio”*. En la anterior ecuación también incluye al fiscal, el cual constituye una parte a efectos del artículo 12 del Reglamento Bruselas II bis tal y como estableció STJUE de 19.04.2018, en el asunto C-565/16, *Saponaro*⁴. En este sentido, el TS entiende que *“el Ministerio Fiscal, si bien considera que los recursos interpuestos son técnicamente defectuosos, no solo no se ha opuesto a la competencia de los tribunales españoles sino que, en interés del menor, solicita la adopción de un régimen de visitas, lo que forma parte de las medidas de protección del menor”*.

En relación con el requisito de que la competencia responda al interés superior del menor, el TS simplemente señala que *“ninguna razón por la que un pronunciamiento sobre las medidas solicitadas de manera principal por el padre y de manera subsidiaria por la madre en el proceso de divorcio podría resultar perjudicial para el menor”*. Quizá es uno de los pocos elementos de la argumentación que el TS podría haber elaborado más, justificando de forma más concreta por qué considera que el establecimiento de la competencia de los tribunales españoles en este caso redundaría en favor del interés superior del niño implicado.

De forma paralela a la determinación de la competencia en favor de los tribunales españoles, una de las cuestiones de mayor interés del caso es la referente a la distinción entre la decisión de fondo en materia de responsabilidad parental y la decisión de retorno o no retorno del menor en virtud del Convenio de La Haya de 1980. Una vez más, la sentencia del TS explica la diferencia entre ambas cuestiones de forma magistral. Procedamos a desgranar la argumentación seguida por el Alto Tribunal (F. J. 5). El argumento principal de la madre para denegar la adopción de medidas en materia de responsabilidad parental por parte de los tribunales españoles es el hecho de ésta alega que los tribunales bielorrusos ya han decidido sobre dicha cuestión. No obstante, esta argumentación no es correcta, ya que la sentencia bielorrusa deniega la solicitud de retorno del hijo tras iniciar el padre un procedimiento de retorno en base al Convenio de La Haya de 1980.

En el marco del Convenio de La Haya de 1980 tan solo se puede decidir sobre el retorno o no retorno del menor, sin que en ningún caso esta decisión implique una decisión sobre el fondo,

4 ECLI:EU:C:2018:265.

esto es, una decisión exhaustiva sobre la responsabilidad parental de dicho menor. Es más, el propio artículo 16 del referido Convenio establece una competencia negativa, en el sentido de que las autoridades del Estado contratante en el que se encuentra el niño no serán competentes para decidir sobre el fondo de la cuestión en materia de responsabilidad parental. En este sentido, se cita la STJUE de 22 de diciembre de 2010 (C-497/10 PPU), señalando que *“las resoluciones de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que desestiman en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores una demanda de restitución inmediata de un menor al territorio del órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, y relativas a la responsabilidad parental respecto a ese menor, no afectan a las resoluciones que deban dictarse en ese otro Estado miembro sobre acciones relativas a la responsabilidad parental que se hayan ejercido anteriormente y estén aún pendientes”*.

4. Una vez establecida la competencia judicial internacional en favor de los tribunales españoles, el TS aborda el sector de la ley aplicable. En relación con la responsabilidad parental, la ley aplicable se determina por el Convenio de La Haya de 1996. En concreto, su artículo 15 establece que las autoridades de los Estados contratantes que se declaren competentes aplicarán su propia ley, esto es, la ley del foro. A partir de ahí, el Alto Tribunal entra a resolver sobre el fondo y otorga la custodia en exclusiva a la madre y establece un régimen de visitas en favor del padre, y ello, a pesar de que el padre no solicitó el establecimiento de las visitas. El TS se acoge al régimen propuesto por el Ministerio Fiscal al entender, acertadamente, que el establecimiento de un sistema de estancias, comunicaciones y visitas redundaba en interés del niño, tal y como se deriva de los distintos tratados en materia de derechos humanos ratificados por España (FJ 7).
5. Finalmente, en relación con las obligaciones de alimentos, para determinar la competencia judicial internacional es de aplicación el Reglamento 4/2009, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos. En concreto, la competencia de los tribunales españoles se basa tanto en el artículo 3.a) del Reglamento 4/2009, por ser los de residencia habitual del deudor, como en el artículo 3.d) del citado Reglamento, que establece la competencia en materia de alimentos a los órganos jurisdiccionales que sean competentes para conocer de una acción relativa a la responsabilidad parental en virtud del Reglamento Bruselas II bis. Por su parte, la ley aplicable se determina de conformidad con el Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, en concreto, el TS aplica su artículo 4.3, que conduce a la aplicación de la ley del foro, esto es, la española, ya que *“la reclamación de los alimentos de la madre a favor del hijo se ha planteado ante los tribunales españoles en la contestación a la demanda, y el padre tiene su residencia habitual en España”*. A partir de ahí, el TS resuelve sobre el fondo entendiendo que, aunque las partes no han aportado información sobre su capacidad económica, ambas han solicitado 150 euros de alimentos al contrario. Por tanto, resuelve el pago por parte del padre de una prestación alimenticia de 150 euros en favor del niño.

IV. CONCLUSIÓN

Como conclusión, el caso que se nos presenta es un ejemplo típico de una disputa familiar con elemento transfronterizo, en la que, tras una crisis de pareja y su ruptura, se deben esclarecer las consecuencias jurídicas no solo, en el caso del divorcio, sino también, de las medidas sobre el hijo en común, tanto en lo relativo a la responsabilidad parental como en la prestación de alimentos.

Una característica común de estos supuestos, y como clave para resolverlos en un sentido u otro, es la complejidad para determinar la residencia habitual de menores, sobre todo, de corta edad no escolarizados. No solo para determinar los tribunales competentes para establecer la responsabilidad parental, sino también para delimitar si se ha producido un traslado o retención del menor a otro Estado, y en ese caso, se pueden activar los mecanismos de retorno del Convenio de La Haya de 1980.

Un rasgo particular de este caso, que lo hace si cabe más interesantes es, sin duda, el hecho de que refleja la puesta en funcionamiento del sistema de fuentes en materia Derecho Internacional privado de familia y, en concreto, de responsabilidad parental, cuando hay relaciones entre un Estado miembro de la UE y un Estado tercero que no es parte del Convenio de La Haya de 1996.

En definitiva, este caso pone de manifiesto la fragmentación del sistema de fuentes en materia de DIPr de familia. Lo cual redundará en una evidente complejidad para los operadores jurídicos, como alarmantemente refleja el hecho de que en el que las dos primeras instancias omitieron totalmente cualquier referencia a las normas de Derecho Internacional privado. Esta sensación de alarma se ve mitigada por la magistral resolución del caso por el TS, quien fundamenta y analiza el caso con un completo manejo del sistema de fuentes en la materia.

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ANTE LA ADOPCIÓN DE MENOR NACIDO POR GESTACIÓN SUBROGADA EN UCRANIA: STC 28/2024, DE 27 DE FEBRERO DE 2024 (Y SU VOTO PARTICULAR)

PATRICIA OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS*

I. HECHOS

En noviembre de 2016 nace en Kiev, Ucrania, un niño cuya gestación había sido encargada a una mujer local por un matrimonio español, supuestamente con aportación de gametos del marido. El certificado de nacimiento ucraniano se refiere a los cónyuges –los comitentes– como padre y madre, pero el Encargado del registro consular español inscribe al menor como hijo del hombre y de la gestante. Suficiente para expedir el correspondiente pasaporte español al niño, que es trasladado a España, ya que es aquí donde el matrimonio tiene su residencia habitual.

Poco tiempo después, la comitente solicita constituir la adopción del niño, en su condición de cónyuge del inscrito como padre (art. 176.2.2ª Cc), ante el órgano competente: un Juzgado de Primera Instancia (JPI) de Madrid. Turnado al número 28, éste admite la solicitud, por Auto de 15 de enero de 2018, a pesar de la firme oposición manifestada por el Ministerio Fiscal (MF). No extraña, pues, que este órgano apele la decisión.

La Sección 24ª de la Audiencia Provincial (AP) de Madrid estima la apelación, declarando por Auto de 30 de mayo de 2019 no haber lugar a la constitución de la adopción. Mientras se sustanciaba este procedimiento recae en el mismo juzgado una segunda solicitud de adopción por parte de la recurrida, que había contratado, también en Ucrania y de nuevo con su cónyuge, la entrega de otro niño, nacido en agosto de 2017 por el mismo procedimiento. Es probable que en el marco de este otro expediente el MF no informara en contra, porque lo que se sabe es que el JPI núm. 28 de Madrid se pronunció en idéntico sentido favorable, pero en este caso su decisión (Auto núm. 256/2018 de 21 de junio) devino firme. La comitente formula frente al citado Auto de la AP el incidente de nulidad de actuaciones, que también es desestimado.

La recurrida acude en amparo al Tribunal Constitucional (TC), que admite el recurso por Sentencia 28/2024 de 27 de febrero de 2024, con voto particular de la magistrada María Luisa Balaguer Callejón¹.

* Profesora Titular de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid. porejudo@ucm.es.

¹ ECLI:ES:TC:2024:28. *BOE* núm. 82, de 3 de abril de 2024.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

Son muchas las cuestiones de interés que suscita este recurso de amparo, y un comentario de este tipo presenta evidentes limitaciones espaciales. Por ello, aunque al menos sí enunciaré las que ha tratado la Sentencia (iré directamente a sus fundamentos jurídicos), pondré el foco en lo que considero de mayor relevancia desde el punto de vista del Derecho internacional privado (DIPr), a la luz de la función que tiene encomendada el TC, de máximo intérprete de la Constitución española (CE) y por ende de los valores y derechos protegidos por ella.

Tras precisar el objeto del recurso de amparo y las pretensiones de las partes (1), el TC aborda, como Cuestiones preliminares (2), (a) la protección de la identidad de los menores; (b) la inadmisión parcial del recurso en lo que respecta a la queja referida a la vulneración del derecho a la igualdad del cónyuge de la recurrente (art. 14 CE) por falta de alegación de esta supuesta vulneración en sede judicial, esto es, por invocación *per saltum* en esta; y (c) la legitimación activa de la recurrente para invocar derechos que no le son propios, esto es, derechos del adoptando y del otro niño respecto del cual se ha establecido la filiación, que el TC reconoce.

Al realizar, a continuación, la correspondiente delimitación de los derechos fundamentales cuya vulneración invoca la recurrente (3), el TC “depura” la queja sobre la vulneración del derecho a la integridad moral de la demandante (art. 15 CE) y del derecho a no quedar en indefensión (art. 24.1 CE) por falta de argumentación o motivación suficiente por parte de la recurrente. Entiende, además, en lo referente a la discriminación que esta invoca en el trato entre los menores (adoptando y ya adoptado) por razón del nacimiento (art. 14 CE), que no hay diferencias relevantes entre las circunstancias de ambos, ya que nacieron los dos a través de gestación subrogada en el mismo país. Y en lo que respecta al derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), advierte que la intromisión se produciría por revelación o divulgación indebida de datos sobre la filiación –que no ha tenido lugar– y agrega que el hecho de que el TEDH haya integrado la identidad personal en el ámbito de protección del art. 8.1 CEDH no obliga a que este contenido se proyecte miméticamente sobre el art. 18.1 CE. Aun así, el TC advierte que la protección de este derecho, el relativo a la intimidad familiar, se garantizará igualmente.

El TC se centra en el derecho a la tutela judicial efectiva, particularmente en lo que respecta a la motivación reforzada que precisaba la resolución judicial, al afectar al menos a tres derechos: el derecho a la dignidad de la persona (art. 10.1 CE); el mandato de protección a la familia (art. 39 CE) y el interés superior del menor. Y considera que el Auto de la AP sí vulneró ese derecho (art. 24.1 CE), por dos motivos fundamentalmente: por un lado, “*incurrir en quiebras lógicas (...) y por otro lado, no justificó suficientemente la solución alcanzada a la luz de los intereses del menor concernido y de los valores constitucionales en liza*”.

La primera afirmación (que la decisión incurre en quiebras lógicas) es poco cuestionable. Primero, porque la AP de Madrid se pronuncia en contra de la constitución de la adopción, esgrimiendo que no está acreditada la filiación biológica con respecto al padre, para luego agregar que el interés del menor está garantizado, dado que vive con el *padre biológico* y su esposa. Pero, segundo y principalmente, es que no es la filiación paterna la que constituye el objeto del procedimiento, sino la de la madre adoptiva. Por más que la adopción se pretenda constituir

con base en la condición de cónyuge del *padre*, si el título de filiación paterna está establecido defectuosamente, tendrá que impugnarse en la sede adecuada, que no es el procedimiento de jurisdicción voluntaria que se está sustanciando. Como bien señala el TC, la inscripción registral acredita la filiación (art. 113 Cc), y los datos inscritos gozan de presunción de exactitud e integridad (arts. 16 y 19 LRC²).

Ciertamente, la filiación no se estableció con arreglo a Derecho, porque nunca hubo dudas sobre el hecho de que el niño fue fruto de un contrato de gestación subrogada en Ucrania. Cuando los cónyuges españoles acudieron a este país para realizar el encargo, quizás no existían las abundantes informaciones que se han publicado después sobre la falta de garantías que rodea al proceso precisamente allí, pero es inverosímil que ignorasen que, en España, Estado donde residen y del que ambos tienen la nacionalidad, la práctica no cabe³: no es por otra razón por la que eluden la prohibición española, acudiendo a un país extranjero. El fraude –de libro– sobrevuela la operación, como bien advierte el MF ya desde la primera instancia. Pero en este caso ni siquiera hace falta invocarlo a efectos de descartar la aplicación de la ley de cobertura para aplicar la defraudada. Puede que la normativa española fuese (y sea) defectuosa e insuficiente, y que la caótica actuación de los sucesivos gobiernos (a través de la entonces Dirección General de los Registros y del Notariado, DGRN) embrollara la situación más allá de lo razonable⁴. Pero que la solicitud de inscripción del niño con indicación de la paterni-

2 En este punto cita el TC los arts. 16 y 19 de la Ley 20/2011, de 11 de julio, del Registro civil (LRC), *BOE* núm. 175, de 22 de julio de 2011, a pesar de que no estaba vigente ni cuando se insta la inscripción en el Registro consular, ni cuando la AP resuelve. Estos principios, no obstante, ya se entraban presentes en la norma entonces aplicable, la Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil, *id.* núm. 151, de 10 de junio de 1957 (arts. 2 y 3)

3 Empleo este término porque creo que puede suscitar consenso: lo que menos importa a este respecto (cuestión que sí puede ser relevante a otros) es si en aquel momento era ilegal o no. Para una síntesis de las discrepancias doctrinales a este respecto, *vid.* SÁNCHEZ JORDÁN, M.E., “La necesaria doble aproximación a la gestación subrogada”, *InDret*, 2020, 4, pp.116-146, nota 67. De lo que nadie duda es que el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, *BOE* núm. 126 27 de mayo de 2006 (LTRHA) ya por entonces, como hoy, declaraba nulo el contrato en su primer apartado, y madre a la gestante en el segundo. Como más adelante indico, en la actualidad la ley española sí apuesta por declarar su ilegalidad (*infra* nota 13).

4 En el momento en que el Consulado de Kiev tiene que pronunciarse sobre la solicitud de inscripción, cuenta con una Instrucción que no deja a dudas sobre la imposibilidad de admitirla: la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010 (*BOE* núm. 243, de 7 de octubre de 2010) indicaba que, si la filiación no se hubiera establecido mediante una previa resolución judicial, no resultaba inscribible ni mediante certificación registral, ni (mucho menos, añadiría yo) mediante mera declaración. *Vid.* HEREDIA CERVANTES, I., “La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución”, *ADC*, t. LXVI, 2013, pp. 687-715, esp. p. 702. Sin embargo, este Consulado precisamente decide solucionar la situación de familias españolas que no podían obtener la documentación necesaria para viajar a España con los niños y niñas encargados, accediendo a determinar la filiación paterna con base en pruebas de ADN [*vid.* JIMÉNEZ BLANCO, P., “La “crisis” de la gestación por sustitución en Ucrania y el caos en el Ministerio de Justicia (comentario a las Instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019)”, *REEI*, 2019, 4, pp. 24-31, esp. p. 25]. Quizás esta fue la solución aplicada en el asunto que llegó al TC, pero lo cierto es que se produjo en algún momento un cambio de criterio en el Consulado que dio lugar a que se dictaran otras dos instrucciones para los casos, como el de Ucrania, en el que no hay resolución judicial para establecer la filiación creada a través de esta práctica. La primera, de 14 de febrero de 2019, que trataba de facilitar la inscripción de estas filiaciones, estuvo vigente apenas cuatro días. La Instrucción DGRN de 19 de febrero

dad o maternidad de los comitentes, tal y como resulta del certificado ucraniano, no podía admitirse, no solo lo había indicado la DGRN⁵, sino que lo había dejado claro el Tribunal Supremo (TS) en un supuesto de gestación subrogada con similares características⁶, pero con una diferencia no menor: la práctica se había desarrollado en California, donde las garantías del proceso son bastante superiores a las ucranianas⁷. El reconocimiento de la filiación (paterna o materna) derivada de una gestación subrogada como la que aquí se enjuicia⁸, dice el TS, es contrario al orden público español⁹. Y, tal y como el TS indica en esta decisión, así como en el Auto posterior, en el que deniega el recurso de nulidad de actuaciones presentado a la luz de la jurisprudencia posterior del TEDH¹⁰, el interés del menor se ve salvaguardado en la ley española por “*la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales*” (art. 10.3 LTRHA). Obviamente, al referirse esta norma especial (para supuestos de gestación subrogada) a “*la posible acción de reclamación*”, descarta una vía que en la actualidad es la más habitual en la determinación de la paternidad no matrimonial, que es el reconocimiento a través de la mera declaración del padre, y que es la empleada en el supuesto sobre el que se pronunciará años después el TC. En resumen: con arreglo a la ley española no cabía establecer la paternidad sin acudir a una actuación procesal que nunca tuvo lugar, y tampoco cabía determinarla estando a lo previsto en la ley ucraniana, reflejada en la correspondiente certificación registral extranjera –sin que a este respecto quepa

de 2019, *BOE* núm. 45, de 21 de febrero de 2019, recupera en lo fundamental la solución anterior, dejando varias cuestiones irresueltas (por todos, *ibidem*, pp. 29 y 30).

5 Recordemos que estaba plenamente vigente la Instrucción de 5 de octubre de 2010.

6 STS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013 de 6 de febrero de 2014, ECLI: ES: TS:2014:247.

7 No me resulta nada convincente el argumento de la DGRN de no considerar que esta Sentencia invalida su Instrucción, porque la contrariedad con el orden público de español solo sería de filiaciones en las que no interviene autoridad judicial, ya que de los antecedentes de la STS no se derivaba que en California hubiera habido tal intervención; el hecho de que el orden público no se mencione ni una vez en la Instrucción evidencia que lo que se pretende es legislar *contra legem* para facilitar el reconocimiento de estas filiaciones, pasando de puntillas la posibilidad de aplicar este expediente, que también debe tenerse presente en el reconocimiento de sentencias judiciales (art. 46.1.a Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, LCJIMC) y en el de inscripción de hechos a partir de certificaciones registrales, tal y como ahora dispone el art. 98.1.c) LRC. En todo caso, en las gestaciones subrogadas ucranianas la filiación se establece *ex lege*, ergo no cabe duda alguna de que le es de aplicación la doctrina del TS.

8 Coincido en que quizás haya otros (muy excepcionales, a mi entender) en que no quepa afirmar lo mismo con igual rotundidad, con ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución”, *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid, 2013, pp. 77-90, esp. pp. 83-85.

9 Lo que confirmaría en otro supuesto posterior –en el que, cierto es, tampoco interviene autoridad judicial–: el de una mujer española que acude a la gestación subrogada en Tabasco, México. El TS reproduce el contrato en los fundamentos fácticos, seguramente para dejar patente la grosera vulneración que pretende de los derechos de una mujer, la gestante, en situación de necesidad. *Vid.* STS (Sala de lo Civil) núm. 277/2022, de 31 de marzo, ECLI:ES:TS:2022:1153.

10 ATS (Sala de lo Civil) de 2 de febrero de 2015 ECLI: ES: TS:2015:335. Para una correcta valoración del alcance de la jurisprudencia del TEDH (al menos hasta esa fecha), *vid.* el comentario de DURÁN AYAGO, A., “Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: problemas jurídicos de la gestación por sustitución en España. A propósito del auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015”, *Bitácora Millennium* 2015, 2, disponible en www.millenniumdipr.com.

diferenciar entre madre y padre intencionales— por resultar contraria (tanto la aplicación de la ley extranjera como el reconocimiento de sus efectos) al orden público español.

Las siguientes cuestiones que analiza el TC, es decir, qué *valores constitucionales* (están) *en liza* y (en qué se traduce) *el interés del menor*, devienen, así, centrales, no solo para determinar si estaba justificada la decisión adoptada por el Auto recurrido, sino para concretar con carácter general la configuración del orden público en esta materia¹¹. Por ello en este punto, como apunta la Magistrada Balaguer en su voto particular, se echa en falta una mirada más amplia (que trascienda el interés del menor en el caso en concreto) y a la vez más enfocada (en el género). El TC quizás haya pecado de lo mismo que acusa a la AP de Madrid, cuando tacha de *parca* la valoración que realizó el tribunal de apelación en relación con la adecuación de la decisión adoptada al interés superior del menor en particular, y se limita a apuntar a la inseguridad jurídica respecto a los lazos familiares creados con la recurrente (art. 39 CE) y a la construcción de la identidad del menor (art. 10.1 CE) como derechos en juego.

La perspectiva de derechos humanos invitaba, como advierte Balaguer, a abrir el foco. Una comprensión adecuada del orden público parte de proyectarlo en un principio sobre el menor en particular, para posteriormente tomar en consideración los derechos fundamentales de las niñas y los niños en su conjunto, y no dejar fuera los derechos y la dignidad de las mujeres. Tal y como desarrolla con detalle el voto particular, son diversos los organismos de defensa de esos derechos (Comités de Derechos del Niño y CEDAW, Relatoras/es especiales, etc.) que han revelado que la práctica compromete gravemente esos derechos; que han alertado ante posibles ventas de niños y adopciones ilegales en algunos países, como precisamente Ucrania, y que, con carácter general, en la medida en que comporta comercializar una gestación, constituye una lesión grave de la integridad moral de los niños y niñas.

La perspectiva de género obliga, en lo que respecta a la configuración del orden público, a tener también presente la situación de las mujeres que ponen su cuerpo al servicio de los comitentes, no solo arriesgando su salud y su vida, sino vulnerando gravemente derechos como el libre desarrollo de la personalidad (al no estar sometido todo el proceso a constante revisión del consentimiento), la libertad de movimiento, la libertad sexual o la protección de datos personales tan íntimos y reservados como el historial médico (así lo que evidencia el contrato reproducido en la STS 277/2022, según se indica en nota 9). Además, en la solución que se propone para la mayor parte de los supuestos, como para este en concreto, tal y como expone Balaguer, se evidencia la subordinación en que se coloca a la mujer comitente al tener que acudir al procedimiento de adopción (cabe agregar, siempre que el marido esté de acuerdo). Pero tampoco supera un análisis en clave de género el hecho de que el padre biológico tenga abierta la vía del art. 10.3 LTRHA, pero no ocurra lo mismo si es una mujer la que ha aportado material genético¹².

11 Sobre el orden público en esta materia resultan particularmente sugerentes las aportaciones de ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Gestación por sustitución o la crisis de la autonomía del legislador de DIPr (y quizá también del legislador de Derecho civil”, *Boletim da Faculdade de Direito* (Univ. de Coimbra), versión publicada en Academia, esp. pp. 5-11.

12 Cf. JIMÉNEZ BLANCO, P., *loc. cit.*, p. 31.

Para verificar que se han dado todas las condiciones que garantizan el respeto de los derechos en juego, Balaguer propone introducir un control de fondo de las sentencias extranjeras (que hayan dispuesto la filiación por gestación subrogada). En la medida en que este control está proscrito por el artículo 48 LCJIMC, tendría que exceptuarse de expresamente para estos supuestos en la respuesta normativa clara y contundente que precisa esta cuestión. Pero hay mucho más que pensar. Al margen de lo ya indicado, por ejemplo, ¿en qué situación quedará el menor si se estima (y me temo que un análisis riguroso llevará a esta conclusión a menudo) que la práctica ha vulnerado derechos de la mujer gestante o que, al no existir ninguna vinculación genética entre comitentes y niña o niño, el proceso es poco menos que una compra del bebé? ¿Cómo introducir el control si no hay decisión judicial que reconocer, sino que, como ocurre en Ucrania, la filiación se establece *ex lege*?

III. CONCLUSIONES

Son ya años los que transcurren sin que el legislador español se decida a abordar la gestación subrogada, más allá de declarar que es una manifestación de violencia de contra las mujeres, recordar (o declarar) que es una práctica ilegal y prohibir las actividades de publicidad de las agencias de intermediación¹³. Es obligado dar una respuesta a la inseguridad jurídica generada por la diversidad de respuestas que se vienen dando a la cuestión de la eficacia en nuestro país de las filiaciones establecidas en el extranjero por medio de gestación subrogada. Los encargados de los registros reciben instrucciones contradictorias por parte de una Administración (la de Justicia, a través de la antigua DGRN) que se arroga competencias legislativas que no le corresponden. Las autoridades consulares inscriben filiaciones que vulneran la legalidad española y comprometen derechos humanos. El Ministerio Fiscal no actúa frente a esas inscripciones indebidas, salvo en los escasos asuntos judicializados, que (procedan o no de expedientes registrales) han concluido con dos decisiones del Alto Tribunal en las que considera que el orden público impide reconocer efectos a gestaciones subrogadas con determinadas características: precisamente, las de la inmensa mayoría de las que se producen, esto es, las de comitentes españoles residentes en España que, defraudando claramente la ley española, pagan a mujeres extranjeras para que lleven a cabo un embarazo, sin importar que el proceso implique *per se* una cosificación de los niños y una explotación del cuerpo de esa mujer. Y aunque, atendiendo a lo que se considera que es el interés del menor, el TS indique que, frente al problema que plantea que se haya llevado a cabo igualmente, la fórmula es la dispuesta en la ley española, esto es, la determinación de la filiación biológica del padre y la adopción por parte del cónyuge, el Ministerio Fiscal tampoco actúa con un criterio uniforme en el marco de los expedientes de jurisdicción voluntaria a través de los cuales se solicita adoptar al hijo o hija del cónyuge cuya filiación sí ha sido ya establecida.

Ahora, en la decisión aquí comentada, el TC afirma que “*la determinación de la filiación del menor en favor de quien suscribió ese contrato [el de gestación subrogada] para satisfacer*

13 Arts. 32 y 33 Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, *BOE* núm. 51 de 1 de marzo de 2023.

su deseo de ser padre o madre puede ir en contra de los valores y derechos constitucionalmente protegidos” pero desaprovecha la oportunidad de desarrollar con más profundidad qué valores y derechos pueden ser vulnerados. Y es de lamentar, porque en el estado actual, ante la inacción del legislador, es cuestión central la lectura se haga del orden público en esta materia, pero también porque toda actuación legal deberá tener en cuenta esos valores y derechos.

LA LEY APLICABLE A LA DETERMINACIÓN DEL ALCANCE DE LA INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS MORALES SUFRIDOS POR VÍCTIMAS INDIRECTAS DE ACCIDENTES DE TRÁFICO: ¿SON LOS “CRITERIOS DE EQUIDAD” UNA “LEY DE POLICÍA” SEGÚN EL ART. 16 DEL REGLAMENTO ROMA II? (STJUE DE 5 DE SEPTIEMBRE DE 2024, AS. C-86/23, E.N.I, Y.K.I C. HUK-COBURG-ALLGEMEINE VERSICHERUNG AG)

MÒNICA VINAIXA MIQUEL*

I. PRESENTACIÓN DE LOS HECHOS

La STJUE de 5 de septiembre de 2024, As. C-86/23, *E.N.I, Y.K.I c. HUK-COBURG-Allgemeine Versicherung AG*) (en adelante, *HUK-COBURG II*)¹ tiene su origen en un procedimiento judicial sustanciado en Bulgaria a raíz de un accidente de tráfico ocurrido en Emsdetten (Alemania), el 27 de julio de 2014, en el que A.B, de nacionalidad búlgara y con residencia habitual en Alemania, perdió la vida. El conductor causante del accidente (C.D), de nacionalidad búlgara y residente en Alemania, era el marido de la víctima y tenía suscrito un contrato de seguro obligatorio de responsabilidad civil con la compañía aseguradora HUK-COBURG-Allgemeine Versicherung AG, establecida en Alemania.

El 25 de julio de 2017, los padres de A.B, E.N.I e Y.K.I, de nacionalidad búlgara y residentes en Bulgaria, demandaron a la compañía aseguradora ante el Sofiyski gradski sad (Tribunal de la ciudad de Sofía) para reclamarle una indemnización por importe de 250.000 levas búlgaras (aproximadamente, 125.000 €) para cada uno de ellos por el daño moral sufrido como consecuencia de la pérdida de su hija. El tribunal de instancia estimó parcialmente su pretensión y reconoció su derecho a percibir una indemnización por importe de 100.000 levas búlgaras (unos 50.000 €) para cada progenitor, del que dedujo las cantidades que previamente les había abonado la compañía aseguradora en concepto de daños morales. Según el tribunal de instancia, con arreglo al art. 4.1 en relación con el art. 15 c) del Reglamento CE nº864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (en adelante, Reglamento Roma II o RRII), la ley aplicable a la determinación del alcance de la indemnización era la ley alemana, cuyo régimen de responsabilidad civil extracontractual reconoce a las personas indirectamente afectadas el derecho a una indemnización cuando el dolor y el sufrimiento derivan en una lesión de su salud, es

* Profesora agregada de Derecho internacional privado de la Universitat Pompeu Fabra.

1 ECLI:EU:C:2024:689.

decir, en un daño patológico (art. 253.2 BGB en relación con el art. 115.1 Ley del Contrato de Seguro alemana).

Es de interés destacar que, con anterioridad al inicio de este procedimiento judicial, las dos hijas de A.B, representadas por su padre, ya habían demandado a la compañía aseguradora alemana ante los tribunales búlgaros con el propósito, también, de obtener una indemnización por los daños morales sufridos como consecuencia de la pérdida de su madre². En este caso, conforme a las citadas disposiciones del Reglamento Roma II, los tribunales búlgaros aplicaron las mismas disposiciones de la legislación alemana. Este procedimiento judicial dio lugar a la STJUE de 15 de diciembre de 2022, As. C-577/21, *HUK-COBURG-Allgemeine Versicherung AG* (en adelante, asunto *HUK-COBURG I*)³, en la que el TJUE, sobre la base de que los daños indemnizables, la determinación del alcance de la indemnización de tales daños y de las personas con derecho a obtener una reparación son cuestiones sujetas al derecho de cada EM, concluyó que la exigencia prevista por la legislación alemana de que las víctimas tengan que aportar una prueba de la existencia de un daño patológico para poder percibir una indemnización era compatible con la Directiva 2009/103/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, relativa al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como el control de la obligación de asegurar esta responsabilidad (en adelante, Directiva 2009/103/CE)⁴, que para la regulación de dichas cuestiones remite a la legislación estatal⁵.

En el asunto *HUK-COBURG II*, el tribunal búlgaro para calcular el importe de la indemnización se basó en el *principio de indemnización equitativa* del daño moral previsto en el derecho alemán (art. 253.2 BGB). Los demandantes en el litigio principal recurrieron en apelación ante el Apelativen sad de Sofía (Tribunal de Apelación), que anuló la sentencia de primera instancia y desestimó en su totalidad las pretensiones de los demandantes por cuanto no habían acreditado, tal como exigía la legislación alemana, que el dolor y el sufrimiento anímico padecido a raíz del fallecimiento de su hija hubiesen dado lugar a un daño patológico. En el recurso los demandantes alegaron, de conformidad con el art. 16 RRII, que la ley alemana, designada por el art. 4.1 RRII, debía quedar descartada en la medida que el art. 52 de la ZZD búlgara, que

2 En este asunto la sociedad demandada impugnó la pretensión de las demandantes alegando que éstas no tenían derecho a percibir una indemnización por cuanto, según la legislación alemana (art. 253.2 BGB en relación con el art. 115.1 Ley del Contrato de Seguro alemana), la indemnización del perjuicio inmaterial sufrido por terceros no es indemnizable a menos que consista en un perjuicio patológico.

3 ECLI:EU:C:2022:992.

4 *DOUE*, de 7.10.2009, L 263/11.

5 Según el TJUE, la normativa alemana es compatible con la Directiva 2009/103/CE siempre que establezca un *criterio de indemnización equitativa* del perjuicio inmaterial sufrido por los miembros de la familia de la víctima directa de un accidente de tráfico. Vid. ap. 67 de las Conclusiones del Abogado General, Sr. Maciej Szpunar, presentadas el 14 de marzo de 2024, As. C-86/23, *E.N.I, Y.K.I c. HUK-COBURG-Allgemeine Versicherung AG* (en adelante, Conclusiones del Abogado General), o, lo que es lo mismo, siempre que no limite o excluya el derecho de un miembro de la familia cercana de la víctima directa de un accidente de tráfico a obtener una indemnización del perjuicio inmaterial en virtud del seguro obligatorio de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles. Vid. ap. 50 de la STJUE de 15 de diciembre de 2022, As. C-577/21, *HUK-COBURG-Allgemeine Versicherung AG* (en adelante, de la STJUE).

exige que el órgano jurisdiccional competente atienda a “*criterios de equidad*” para determinar la indemnización del daño moral, era una norma internacionalmente imperativa. Por tanto, al ser los demandantes los progenitores de la víctima directa de los daños, éstos, al igual que sus nietas, tenían derecho a percibir una indemnización. El tribunal de apelación rechazó la aplicación de esta excepción y los demandantes, disconformes con la sentencia, la recurrieron en casación ante el Varhoven kasatsionen sad (Tribunal Supremo).

El alto órgano jurisdiccional búlgaro, ante las dudas en torno a la naturaleza imperativa del art. 52 de la ZZD búlgara, paralizó el procedimiento y, con arreglo al art. 267 TFUE, planteó al TJUE una única cuestión prejudicial que tiene por objeto determinar si una disposición nacional que establece que “*el órgano jurisdiccional competente determinará la indemnización del daño moral atendiendo a criterios de equidad*”, puede considerarse una “*ley de policía*” en el sentido del art. 16 RRII. Se trata de determinar si los “*criterios de equidad*” a los que se refiere el art. 52 de la ZZD búlgara constituyen un principio fundamental que forma parte del orden público búlgaro y, en definitiva, una ley de policía a efectos de determinar la cuantía o el alcance de la indemnización reclamada por las víctimas indirectas por los daños morales sufridos por la pérdida de un familiar cercano en un accidente de tráfico, puesto que, en caso afirmativo, la aplicación de la ley designada por el art. 4.1 RRII (ley alemana) debe excluirse a favor de la ley del foro (ley búlgara).

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

En la actualidad, los principales problemas que plantean los daños morales derivados del fallecimiento de un ser querido son, precisamente, su cuantificación y la determinación de los criterios a emplear a tal efecto. Y ello es debido, fundamentalmente, al subjetivismo de las autoridades competentes y a la dificultad que conlleva fijar un precio con respecto a daños que no tienen una materialización física⁶.

La Directiva 2009/103/CE tiene por finalidad la protección de las víctimas de accidente de tráfico y con este propósito establece un régimen armonizado de obligado aseguramiento. Sin embargo, no armoniza el régimen de responsabilidad civil por daños derivados de accidentes de circulación de los EEMM, sino que, con respecto a esta materia hace remisión a la legislación estatal. Los EEMM de la UE, en principio, tienen libertad para definir dicho régimen, esto es, para concretar, entre otros aspectos, los daños indemnizables, la determinación de las personas que tienen derecho a obtener la reparación y el alcance de la indemnización y criterios para su cuantificación⁷. Estas cuestiones se encuentran reguladas de manera muy heterogénea

6 Vid. DOMÍNGUEZ GONZÁLEZ, P., “Daño moral derivado de muerte y de lesiones corporales” en GÓMEZ POMAR, F. y MARÍN GARCÍA, I., *El daño moral y su cuantificación*, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 2023, pp. 291-403, p. 295; RAMOS GONZÁLEZ, S., “Pautas de valoración del daño moral (Sistema legal de valoración de daños personales y el falso baremo del daño moral por prisión indebida), en GÓMEZ POMAR, F. y MARÍN GARCÍA, I., *El daño moral y su cuantificación*, 3ª ed., Bosch”, Barcelona, 2023, pp. 119-179, pp. 122 y 123.

7 Vid. STJUE 10 de junio de 2021, As. C-923/19, *Van Ameyde España S.A c. Ges Seguros y Reaseguros S.A* (ECLI:EU:C:2021:475), STJUE de 23 de enero de 2014, As. C-371/12, *Enrique y Carlo Petillo c. Unipol*

por parte de las legislaciones estatales. En consecuencia, en cada caso la solución podrá variar en función de cuál sea la ley material aplicable⁸.

En los asuntos *HUK-COBURG I* y *HUK-COBURG II*, la *lex causae* (ley alemana) y la *lex fori* (ley búlgara) parten de concepciones distintas con respecto a los daños indemnizables y a la cuantificación de tales daños⁹. Así, en lo que se refiere a los daños indemnizables, con arreglo al derecho búlgaro, todo el dolor anímico y el sufrimiento padecido por los progenitores a raíz del fallecimiento de su hijo/a en un accidente de tráfico en el que existió una conducta ilícita y culpable puede ser objeto de indemnización, sin ser necesario que dicho perjuicio se haya traducido en un deterioro patológico de la salud de las personas indirectamente afectadas¹⁰; mientras que, según el derecho alemán, la indemnización de los daños queda supeditada a que la víctima sea miembro de la familia cercana de la víctima directa, a que exista una relación causal entre la infracción cometida por el responsable del accidente y el daño causado y a que la víctima indirecta haya visto menoscabada su propia salud, es decir, haya sufrido un daño patológico¹¹. En lo que respecta a la cuantía de la indemnización por el daño sufrido por las víctimas, con arreglo al derecho búlgaro vigente en el momento en el que tuvo lugar el accidente (2014), ésta podía ascender a unos 61.000 €; mientras que, con arreglo al derecho alemán, el importe de la indemnización como máximo podía alcanzar los 5.000 €. Ahora bien, para proceder a la determinación de la cuantía o el alcance de la indemnización, que es precisamente el aspecto debatido en el caso objeto de estudio, se constata que ambas legislaciones, aunque con redacciones distintas, coinciden al disponer que el tribunal que conoce del asunto para determinar el alcance de la indemnización por daños morales debe respetar los “*criterios de equidad*”¹², sin que ello signifique que ambas utilicen el mismo sistema, de baremación o no, para calcular su importe¹³.

Assicurazioni SpA (ECLI:EU:C:2014:26) y la STJUE de 23 de octubre de 2012, As. C-300/10, *Almeida c. Companhia de Seguros Fidelidade-Mundial S.A y otros* (ECLI:EU:C:2012:656).

- 8 Vid. DOMÍNGUEZ GONZÁLEZ, P., “El requisito de la patología del daño inmaterial no contraría el efecto útil o la realización del objetivo de protección de las víctimas de accidentes de tráfico consagrado en la normativa europea”, *La Ley UE*, nº113, abril, 2023, pp. 1-23, p. 12.
- 9 Vid. ap. 51 y 52 de la STJUE.
- 10 El Derecho español tampoco exige la concurrencia de este requisito y se basa en un sistema de cláusula general. En el derecho español puede ser indemnizado cualquier tipo de daño si concurren los requisitos legales para imponer la compensación a su causante. En otros ordenamientos jurídicos, en cambio, sólo se indemnizan algunos tipos de daños o sólo en situaciones expresamente previstas por el propio ordenamiento. Así, por ejemplo, en el Derecho italiano, el daño moral podrá ser indemnizado cuando así lo haya previsto la ley (art. 2059 Codice civile italiano); y en el Derecho alemán, además de la previsión legal, también se exige que la víctima del daño moral haya sufrido tal daño como consecuencia de los daños personales, muerte o lesiones corporales sufridos por la víctima del daño (art. 253.2 BGB). Vid. GÓMEZ LIGÜERRE, C., “Concepto de daño moral”, en GÓMEZ POMAR, F. y MARÍN GARCÍA, I., *El daño moral y su cuantificación*, 3ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 2023, pp. 29-81, pp. 30 y 31.
- 11 Vid. ap. 21 de las Conclusiones del Abogado General; DOMÍNGUEZ GONZÁLEZ, P., “El requisito de la patología del daño inmaterial ...”, *loc. cit.*, pp. 11 y 12.
- 12 El Derecho búlgaro establece que “*el órgano jurisdiccional competente determinará la indemnización del daño moral atendiendo a criterios de equidad*” (art. 52 de la ZZD búlgara); mientras que la legislación alemana dispone que, “*cuando deba abonarse una indemnización por daños y perjuicios como consecuencia de una lesión física o del menoscabo de la salud, la libertad o la autodeterminación sexual, podrá exigirse asimismo una indemnización dineraria equitativa del daño no patrimonial*” (art. 253.2 BGB alemán).
- 13 En Derecho español y en Derecho italiano se sigue un sistema legal de valoración de los daños basado en el establecimiento de unos baremos. El sistema español fue declarado válido en la STC (Pleno) 181/2000, de 29 de junio (*BOE*, núm. 180, Suplemento, 28 de julio de 2000).

En ambos casos, para determinar la ley reguladora de la evaluación de los daños y de la indemnización solicitada, los tribunales búlgaros aplicaron el Reglamento Roma II. Por un lado, porque concurrían las condiciones de aplicabilidad del Reglamento; y, por otro lado, porque de conformidad con sus reglas de compatibilidad no eran aplicables ni la Directiva 2009/103/CE, al no incorporar normas de conflicto de leyes sobre la materia¹⁴, ni el Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971, sobre ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera, al no ser Bulgaria un Estado parte del Convenio¹⁵.

Con arreglo al art. 4.1 RRII¹⁶, la ley aplicable era la alemana al ser Alemania el lugar donde la víctima directa (A.B) sufrió el daño directo e inmediato (*lex loci damni*), sin perjuicio de que las consecuencias indirectas del accidente se materializaran en Bulgaria, que era el lugar donde residían las hijas y los padres de A.B¹⁷. Esta ley, entre otros aspectos, regía la evaluación o determinación del alcance de la indemnización reclamada por los demandantes, con arreglo a lo dispuesto en el art. 15 c) RRII¹⁸. Sin embargo, en el asunto que nos ocupa, con independencia de que la ley alemana fuera la aplicable, los demandantes invocaron la excepción del art. 16 RRII que, con carácter excepcional, permite que la ley del foro (ley búlgara) sea aplicada si ésta contiene disposiciones que tienen carácter imperativo con arreglo a la citada disposición.

Para que prospere la aplicación del art. 16 RRII es necesario que el tribunal que conoce del asunto, previamente, verifique que la situación jurídica de que se trate presente vínculos suficientemente estrechos con el foro¹⁹. En el caso *HUK-COBURG II* la situación presentaba algunos vínculos con Bulgaria, aunque éstos (nacionalidad y residencia habitual de las víctimas

14 Según el TJUE, los arts. 14 b) y 28 de la Directiva 2009/103/CE no constituyen una disposición que regule los conflictos de leyes en el sentido del art. 27 del RRII. Vid. la STJUE de 21 de enero de 2016, C-359/14 y C-375/14, *ERGO Insurance y Gjensidige Baltic* (ECLI:EU:C:2016:40) y la STJUE de 31 de enero de 2019, C-149/18, *Agostinho da Silva Martins y Dekra Claims Services Portugal S.A* (ECLI:EU:C:2019:84).

15 Según el art. 28.1 RRII, este Reglamento cede ante la existencia de Convenios internacionales sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales adoptados con anterioridad a su adopción (regla de la prioridad temporal). Ahora bien, si las demandas se hubieran interpuesto ante los órganos jurisdiccionales alemanes, éstos, de conformidad con dicho precepto, tendrían que haber aplicado las normas de conflicto del Convenio de La Haya de 1971, al ser Alemania un Estado parte del convenio.

16 Esta disposición, aunque es la regla general, en la práctica juega un papel muy marginal puesto que únicamente resulta aplicable si no se aplica: i) alguna norma UE o alguno de los Convenios internacionales sobre ley aplicable adoptados con anterioridad a la adopción del RRII (arts. 27 y 28.1 RRII); ii) los arts. 5 a 9 RRII; iii) el art. 14 RRII; iv) el art. 4.2 RRII; y, por último, v) el art. 4.3 RRII.

17 Vid. STJUE de 10 de diciembre de 2015, C-350/14, *Florin Lazar y Allianz SpA* (ECLI:EU:C:2015:802) en la que el TJUE concluyó que el art. 4.1 RRII, a efectos de determinar la ley aplicable, opta por la ley del país en el que se produce el daño directo, que en el marco de una demanda de responsabilidad extracontractual derivada de un accidente de tráfico era el lugar en el que la víctima directa falleció. Por tanto, no debe tenerse en cuenta el lugar donde se producen los perjuicios sufridos por los familiares próximos de la persona fallecida en dicho accidente, los cuales deben calificarse como “consecuencias indirectas” de ese accidente, en el sentido de dicha disposición.

18 Vid. PALAO MORENO, G., “Chapter V. Common Rules. Article 15: Scope of the law applicable”, MAGNUS, U. & MANKOWSKI, P., *European Commentaries on Private International Law, ECPII Commentary*, v. III *Rome II Regulation*, 2019, pp. 535-549, pp. 545 y 546.

19 Vid. ap. 36 de la STJUE; ap. 50 y 52 de las Conclusiones del Abogado General; WAUTELET, P., “Article 16: Overriding mandatory provisions”, MAGNUS, U. & MANKOWSKI, P., *European Commentaries on Private International Law, ECPII Commentary*, v. III *Rome II Regulation*, 2019, pp. 549-566, p. 564.

indirectas) no eran lo suficientemente estrechos como para descartar la aplicación de la ley alemana. En Alemania se encontraba la residencia habitual de la víctima directa de los daños, el establecimiento de la compañía aseguradora demandada y, además, en ese país se había producido el daño. Por tanto, la aplicación del art. 16 RRII, en este caso, no estaba justificada. Aún así, el TJUE en la sentencia se carga de razones para descartar su operatividad.

Los tribunales que conocen de la controversia son los que deben valorar y decidir si la disposición de la ley del foro es o no una ley de policía, así como también si ésta tiene o no incidencia sobre las normas de conflicto aplicadas²⁰. Por tanto, en el caso que nos concierne, los tribunales búlgaros eran los que tenían que determinar si el art. 52 de la ZZD búlgara era o no una “ley de policía” en el sentido del art. 16 RRII y conocer cuál era su ámbito de aplicación. La noción “leyes de policía” del art. 16 RRII responde a la definición que de ésta ofrece el art. 9.1 del Reglamento CE nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (en adelante, Reglamento Roma I o RRI), según el cual, es ley de policía “aquella disposición cuya observancia considera esencial un Estado para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su aplicación, cualquiera que sea la ley aplicable al contrato según el citado Reglamento”. Asimismo, la interpretación que el TJUE ha realizado del art. 9.1 RRI por coherencia también debe hacerse extensiva para interpretar y aplicar el art. 16 RRII²¹, aunque con ciertas cautelas debido a que en el ámbito de las obligaciones contractuales la ley aplicable al fondo de la demanda con frecuencia es la elegida por las partes²².

La primera sentencia en la que el TJUE tuvo ocasión de pronunciarse en torno a la articulación de los arts. 4 y 16 RRII, y en la que concretó las circunstancias que deben concurrir para que la aplicación de la ley designada por el art. 4 RRII pueda quedar descartada por la presencia de disposiciones de la ley del foro que tengan carácter imperativo con arreglo al art. 16 RRII, fue la STJUE de 21 de enero de 2019, As. C-148/18, *Agostinho Da Silva y Dekra Claims Services Portugal SA*²³. Y, estas mismas cuestiones son las que ha tenido que analizar el TJUE a raíz de la cuestión prejudicial presentada por el tribunal búlgaro en el asunto *HUK-COBURG II*. El caso *Da Silva* fue también fruto de una demanda de responsabilidad civil extracontractual

Aunque el art. 16 RRII no exige expresamente la necesidad de que exista un vínculo estrecho con el foro para poder ser aplicado.

- 20 Vid. TORRALBA MENDIOLA, E., “La aplicación de las leyes de policía contenidas en Directivas de la Unión Europea: El ejemplo de la regulación de la cadena alimentaria”, *REDI*, 2023, v. 75, núm. 1, pp. 138-160, pp. 144 y 146; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “The Rome II Regulation On the way towards a European Private International Law Code, *The European Legal Forum. Forum Iuris Communis Europae*, 3-2007, pp. 77-91, p. 90; FONT I SEGURA, A., “Reparación indemnizatoria tras la extinción del contrato internacional de agencia comercial: imperatividad poliédrica o el mito de Zagreo (STJCE de 9 de noviembre de 2000, As. C-381/98, *Ingmar GB Ltd. C. Eaton Leonard Technologies Inc.*)”, *RDCE*, 2001, núm. 9, pp. 259-280, p. 262.
- 21 Vid. ap. 43 de la STJUE de 21 de enero de 2016, C-359/14 y C-475/14, *ERGO Insurance y Gjensidige Baltic*; ap. 28 de la STJUE de 21 de enero de 2019, C-149/18, *Agostinho Da Silva y Dekra Claims Services Portugal SA*; TORRALBA MENDIOLA, E., “La aplicación de las leyes de policía ...”, *loc. cit.*, p. 144.
- 22 Vid. WAUTELET, P., “Article 16: Overriding mandatory provisions”, *loc. cit.*, p. 553.
- 23 ECLI:EU:C:2019:84.

ejercitada por los familiares cercanos de la víctima fallecida en un accidente de tráfico, aunque en aquél asunto el objeto de la controversia no era la concreción de la ley aplicable a la determinación del alcance de la indemnización del daño moral sufrido por las víctimas indirectas, sino al plazo de prescripción de la acción de reparación.

Es importante poner de relieve que, en el asunto *HUK-COBURG II*, la disposición búlgara controvertida (art. 52 de la ZZD búlgara) se encuentra contenida en una ley (Ley de Obligaciones y Contratos) cuya finalidad no es adaptar la legislación búlgara a la Directiva 2009/103/CE, ni a otra norma UE de derecho derivado. La Directiva 2009/103/CE, como hemos apuntado con anterioridad, no incorpora un régimen armonizado de responsabilidad civil extracontractual por daños derivados de accidentes de tráfico, sino que, en lo que se refiere a esta materia hace remisión a la legislación estatal. Por tanto, en el asunto *HUK-COBURG II* la determinación del carácter de ley de policía no surge con respecto a una disposición nacional que transpone una Directiva comunitaria, como ocurrió en los casos *Ingmar* y *Unamar*²⁴, sino en relación con una norma relativa a un ámbito material no armonizado por el legislador UE.

El TJUE, en la sentencia, se alinea con la postura del Abogado General expuesta en sus Conclusiones²⁵, que coincide con la interpretación restrictiva y estricta de la noción “*leyes de policía*” de los arts. 9.1 RRI y 16 RRII defendida por el TJUE en sus pronunciamientos anteriores²⁶. El TJUE justifica su decisión sobre la base de que se trata de disposiciones que constituyen una excepción a la ley designada por las normas de conflicto de los Reglamentos Roma I y Roma II, respectivamente, y una interpretación amplia y flexible de las mismas obstaculizaría la consecución de los objetivos que estos instrumentos pretenden alcanzar, que en el caso del Reglamento Roma II son, la seguridad jurídica, la previsibilidad de las resoluciones judiciales y el equilibrio entre los intereses de la víctima de los daños y de la persona de la que se invoca la responsabilidad²⁷. En definitiva, el TJUE se opone a que pueda considerarse una “*ley de policía*”, en el sentido del art. 16 RRII, una disposición nacional como el art. 52 de la

24 En los que las disposiciones controvertidas estaban contenidas en la Directiva 856/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes (*DOCE* de 31.12.1986, L 382/17). Vid. STJUE de 9 de noviembre de 2000, As. C-381/98, *Ingmar G.B Ltd. c. Eaton Leonard Technologies Inc.* (ECLI:EU:C:2000:605) y la STJUE de 17 de octubre de 2013, C-184/12, *Unamar NV c. Navigation Maritime Bulgare* (ECLI:EU:C2013:663). Vid. FONT I SEGURA, A., “Reparación indemnizatoria tras la extinción del contrato internacional de agencia comercial ...”, *loc. cit.*, pp. 259-280 y CEBRIÁN SALVAT, M^a.A., “Agencia comercial, leyes de policía ...”, *loc. cit.*, pp. 357-366.

25 Vid. ap. 47 de las Conclusiones del Abogado General.

26 Vid. STJUE de 9 de noviembre de 2000, As. C-381/98, *Ingmar G.B Ltd. c. Eaton Leonard Technologies Inc.* y STJUE de 21 de enero de 2019, C-149/18, *Agostinho Da Silva y Dekra Claims Services Portugal SA*. En el caso *Da Silva* el TJUE concluyó que las disposiciones nacionales que regulan el plazo de prescripción de la acción de reparación no pueden considerarse una ley de policía en el sentido del art. 16 RRII, a menos que el órgano jurisdiccional que conoce del asunto compruebe que dicha disposición, a la luz del análisis detallado de sus términos, reviste tal importancia en el ordenamiento jurídico nacional que justifica apartarse de la ley aplicable, designada conforme al art. 4 RRII. Una circunstancia que justificaría la aplicación del plazo de prescripción de la *lex fori* sería que el plazo previsto por la *lex causae* provocase una vulneración manifiesta del derecho a un recurso efectivo y a la tutela judicial efectiva (ap. 34 de la STJUE de 21 de enero de 2019, C-149/18, *Agostinho Da Silva y Dekra Claims Services Portugal SA*).

27 Vid. ap. 31 de la STJUE.

ZZD búlgara, que establece que la indemnización del daño moral sufrido por las víctimas de la familia cercana de una persona fallecida en accidente de tráfico debe ser determinada por el juez con arreglo a “*criterios de equidad*”, a menos que, el órgano jurisdiccional que conoce del asunto compruebe que su observancia es considerada esencial en el ordenamiento jurídico de ese EM, debido a que persigue un objetivo de protección de un interés público esencial que no puede alcanzarse mediante la aplicación de la ley designada por el art. 4 RRII²⁸.

Para apreciar la naturaleza de “*ley de policía*” de las disposiciones de la ley del foro, según el TJUE, el órgano jurisdiccional competente debe realizar una serie de comprobaciones. En primer lugar, debe verificar que la disposición en cuestión haya sido adoptada por el legislador estatal con la finalidad de proteger uno o varios intereses públicos particularmente importantes. A tal efecto, el tribunal debe analizar el tenor, la estructura general, los objetivos y las circunstancias o el contexto en el que se adoptó dicha disposición²⁹. Uno de los aspectos más relevantes a destacar es que en el asunto *HUK-COBURG II* la disposición búlgara controvertida no protege, propiamente, intereses públicos, sino los intereses privados o individuales de las víctimas de accidentes de tráfico o su derecho a obtener una indemnización por los daños y perjuicios sufridos –sin que ello suponga que éstas tengan que obtener la máxima indemnización–. En consecuencia, en este caso se plantea la cuestión, muy debatida a nivel doctrinal, relativa a si cabe la extensión del art. 16 RRII a las disposiciones que protegen intereses y libertades individuales³⁰. Tanto el Abogado General como el TJUE son partidarios de realizar una interpretación extensiva del art. 16 RRII, aunque únicamente con respecto a aquellas disposiciones que protegen intereses individuales que presentan “*una conexión suficiente con intereses públicos considerados esenciales en el ordenamiento jurídico del Estado de que se trate*”³¹. En segundo lugar, debe comprobar que la disposición de la ley del foro constituya la expresión de principios jurídicos fundamentales del ordenamiento jurídico estatal³². Por tanto, en el caso que nos ocupa, el tribunal búlgaro debía determinar si los “*criterios de equidad*” exigidos por el art. 52 de la ZZD, podían considerarse un principio fundamental de la ley búlgara. Esta cuestión en Bulgaria es objeto de un amplio debate doctrinal y jurisprudencial y esta contraposición de opiniones es la que lleva al Abogado General a decantarse por una respuesta negativa³³. Por último, el tribunal debe constatar que la aplicación de esta disposición es absolutamente necesaria para proteger el interés esencial de que se trate en el caso concreto³⁴. Según se desprende de la información proporcionada por el TJUE en la sentencia, tanto ley

28 Vid. ap. 57 y fallo de la STJUE.

29 Vid. ap. 30 de la STJUE de 21 de enero de 2019, C-149/18, *Agostinho Da Silva y Dekra Claims Services Portugal SA*.

30 Vid. ap. 58 de las Conclusiones del Abogado General.

31 Vid. *Ibid.*, ap. 60 a 62 y ap. 46 y 47 de la STJUE; Considerando 32 RRII; TORRALBA MENDIOLA, E., “La aplicación de las leyes de policía ...”, *loc. cit.*, pp. 142 y 143; CEBRIÁN SALVAT, M^a A., “Agencia, Leyes de policía ...”, *loc. cit.*, pp. 363-366; WAUTELET, P., “Article 16: Overriding mandatory provisions”, *loc. cit.*, pp. 554-557.

32 Según el Gobierno checo, una norma no puede calificarse de “*ley de policía*” por la sola razón de que se basa en principios fundamentales del Derecho del foro, puesto que rompe el carácter excepcional con la que debe aplicarse el art. 16 RRII. En caso contrario, sería una forma fácil de eludir la aplicación de la *lex causae*. Vid. ap. 36 de las Conclusiones del Abogado General.

33 Vid. *Ibid.*, ap. 65.

34 Vid. ap. 42 de la STJUE.

alemana como la ley búlgara disponen que, los jueces, para determinar el alcance de la indemnización de los daños deben tener en cuenta “*criterios de equidad*”. Por consiguiente, en este caso el tribunal búlgaro no podía aplicar el art. 52 de la ZZD búlgara, por cuanto a través de la aplicación del art. 253.2 BGB alemán la protección del interés de las víctimas indirectas de los daños también se podía alcanzar³⁵. El TJUE, en la sentencia, destaca que la excepción del art. 16 RRII no puede invocarse por la simple razón de que la *lex fori* contemple una regulación en materia de responsabilidad extracontractual distinta (y, en este caso, mas favorable para las víctimas) a la prevista por la *lex causae*. En consecuencia, la disparidad entre la ley búlgara y la ley alemana con respecto a la determinación de los daños indemnizables y de la cuantía de la indemnización no podía justificar la aplicación del art. 16 RRII. En caso contrario, se desvirtuaría el mandato de las normas de conflicto del RRII y se quebrantarían los principios de previsibilidad y de seguridad jurídica en los que se inspira el RRII. Por tanto, en el asunto *HUK-COBURG II* no puede hacerse extensiva la jurisprudencia *Unamar*, cuya aplicación únicamente encuentra justificación en un ámbito material armonizado³⁶.

III. REFLEXIÓN FINAL

El interés de esta sentencia es que ofrece al TJUE la oportunidad de precisar, una vez más, los límites de la noción “*leyes de policía*” en el sentido del art. 16 RRII; así como de precisar las pautas que los tribunales de los EEMM deben seguir para calificar como “*leyes de policía*” las disposiciones de la ley del foro. La particularidad, en este caso, es que dicho análisis debe realizarse con respecto a una disposición que protege los derechos y libertades individuales de las víctimas indirectas de los daños derivados de los accidentes de tráfico, no intereses públicos. La disposición nacional controvertida, además, no se encuentra recogida en una ley de transposición de una Directiva UE, como la Directiva 2009/103/CE, que obliga a los EEMM a garantizar que la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles esté cubierta por un seguro, sino en una ley estatal reguladora de un ámbito material, como es la responsabilidad civil extracontractual por daños derivados de este tipo de ilícitos, que no ha sido armonizado por el legislador de la UE. El TJUE, fiel a su postura defendida en pronunciamientos anteriores se postula a favor de una interpretación restrictiva y estricta de la noción “*leyes de policía*” del art. 16 RRII con la finalidad de preservar la seguridad jurídica y la previsibilidad en las que se inspira el RRII. En aplicación del Reglamento, las disposiciones de la *lex fori* no pueden ser invocadas por las víctimas indirectas de los accidentes de tráfico con la finalidad de obtener un resultado más favorable que el resultante de aplicar la *lex causae* y, menos aún, si a través de dicha ley la protección de los intereses de las víctimas y su equilibrio con los de la persona de la que se invoca la responsabilidad ya queda garantizada.

35 Vid. *Ibid.*, ap. 49 y 53.

36 Vid. ap. 54 y 56 de la STJUE. En la STJUE de 17 de octubre de 2013, C-184/12, *Unamar NV c. Navigation Maritime Bulgare*, el TJUE admitió que la ley elegida por las partes para regir el contrato de agencia comercial pueda dejar de ser aplicada cuando el tribunal que conoce del asunto aprecie que las disposiciones de la ley del foro, de naturaleza imperativa, contemplan una protección más amplia para el agente comercial que la prevista en la Directiva 86/653/CEE sobre contratos de agencia, que al ser de mínimos deja al Estado un margen amplio de regulación.

CRÓNICA DE LA POLÍTICA EXTERIOR ESPAÑOLA (MAYO – OCTUBRE 2024)

VICTORIA RODRÍGUEZ PRIETO*
Y MONTSERRAT PINTADO LOBATO**

I. ASUNTOS GENERALES Y ADMINISTRACIÓN EXTERIOR DEL ESTADO

Como en anteriores semestres, la política exterior española ha estado marcada fundamentalmente por los dos conflictos en el entorno más próximo de la Unión Europea (UE) y que están sacudiendo la realidad internacional: la guerra de agresión en Ucrania y el conflicto en Oriente Medio. En lo referente a Ucrania, cabe destacar la visita oficial a España de su presidente, V. Zelenski, y las distintas reuniones comunitarias y aliadas para tratar la evolución del conflicto. Con respecto a Oriente Medio, el foco ha estado en el reconocimiento de Palestina como Estado que ha activado la agenda internacional con los líderes regionales y que ha favorecido el establecimiento de iniciativas multilaterales como el Grupo de Contacto árabe-islámico sobre Gaza y de los países europeos afines, que ya ha celebrado un primer encuentro en Madrid. Todo ello, sin olvidar la visita del presidente palestino, M. Abbas, a España siendo la primera tras el reconocimiento del Estado de Palestina.

A escala europea, las negociaciones respecto a la configuración de la próxima Comisión Europea han sido muy exitosas tras la elección de T. Rivera como una de las vicepresidentas que liderará la cartera de Competencia y Transición Verde. No obstante, cabe aclarar que su candidatura debe ser arropada por la Eurocámara tras la celebración de una audiencia a principios de noviembre.

En la crisis de Venezuela, España ha desempeñado un papel clave al acoger al líder de la oposición, E. González, en Madrid. Previamente, nuestro país había firmado la Declaración de Santo Domingo en donde, entre otros aspectos, se exige la publicación de todas las actas originales y la verificación imparcial e independiente de esos resultados electorales.

China también ha tenido un protagonismo indiscutible que ha culminado con la visita de P. Sánchez al país asiático, en donde ha sido recibido por las principales autoridades. La India también ha estado presente en la agenda exterior española con un viaje oficial del presidente a finales de octubre.

En la dimensión multilateral, destaca la participación P. Sánchez acompañado del titular de Exteriores al 79^a periodo de sesiones de la Asamblea General de Naciones Unidas y que ha albergado la denominada Cumbre del Futuro a para impulsar los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS).

* Victoria Rodríguez Prieto, Universidad Complutense de Madrid (victoriarodriguezp@ucm.es).

** Montserrat Pintado Lobato, Universidad de Santiago de Compostela (montserrat.pintado@usc.es).

Entre la actividad parlamentaria destacada, cabe reseñar la comparecencia del presidente del Gobierno en el Congreso el 22 de mayo para dar cuenta del Consejo Europeo de abril, así como otras cuestiones como la situación en Ucrania y la decisión de reconocer a Palestina¹. Asimismo, Sánchez volvió a comparecer el 17 de julio para informar de los Consejos Europeos del mes anterior en los que los líderes de las grandes familias políticas de la Unión acordaron el reparto de los puestos de responsabilidad comunitarios².

Por su parte, el titular de Exteriores ha acudido a la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso, donde ha tratado, entre otros temas, la posición de España ante las crisis que acontecen en el ámbito internacional³. Ya en el Senado, el ministro ha comparecido en agosto en la Comisión de Asuntos Exteriores para dar cuenta sobre la situación de Venezuela tras las elecciones⁴. En octubre, J.M. Albares ha acudido de nuevo al Pleno del Senado para volver a abordar la cuestión venezolana y el apoyo ofrecido a E. González⁵.

II. POLÍTICA DE SEGURIDAD Y DEFENSA

En julio, se ha celebrado en Washington la 75^o Cumbre de la OTAN con la presencia del presidente P. Sánchez, que ha destacado el “potente mensaje de unidad y cohesión” enviado por la Alianza. La Cumbre también ha incluido una reunión con los socios de Asia Pacífico. Durante el evento, Sánchez ha mantenido reuniones bilaterales con sus homólogos noruego y montenegrino.

Los ministros de Defensa aliados han participado en junio en un encuentro de la Alianza Atlántica que, además, se ha reunido en formato Consejo OTAN-Ucrania en una de las sesiones. En los márgenes de la reunión, la ministra Robles ha mantenido encuentros bilaterales con sus homólogos de Turquía y Estonia.

La ministra de Defensa ha comparecido ante la Comisión Mixta de Seguridad Nacional para informar sobre las misiones internacionales con presencia española, el peso económico de la

1 PLENO Y DIPUTACIÓN PERMANENTE, Sesión celebrada el 22 de mayo de 2024, *Diario de Sesiones de las Cortes Generales*, 22 de mayo de 2024, núm. 41, https://www.congreso.es/public_oficiales/L15/CONG/DS/PL/DSCD-15-PL-41-C1.PDF

2 PLENO Y DIPUTACIÓN PERMANENTE, Sesión celebrada el 17 de julio de 2024, *Diario de Sesiones de las Cortes Generales*, 17 de julio de 2024, núm. 57, https://www.congreso.es/public_oficiales/L15/CONG/DS/PL/DSCD-15-PL-57.PDF

3 COMISION DE ASUNTOS EXTERIORES, SENADO, Sesión celebrada el 4 de octubre de 2024, *Diario de Sesiones de las Cortes Generales*, 4 de octubre de 2024, núm.177, https://www.congreso.es/public_oficiales/L15/CONG/DS/CO/DSCD-15-CO-177.PDF

4 COMISION DE ASUNTOS EXTERIORES, SENADO, Sesión extraordinaria celebrada el 13 de agosto de 2024, *Diario de Sesiones de las Cortes Generales*, 13 de agosto de 2024, núm. 165, https://www.senado.es/legis15/publicaciones/pdf/senado/ds/DS_C_15_165.PDF

5 PLENO, Sesión celebrada el 22 de octubre de 2024, *Diario de Sesiones de las Cortes Generales*, 22 de octubre de 2024, núm. 51, https://www.senado.es/legis15/publicaciones/pdf/senado/ds/DS_P_15_51.PDF

industria de defensa y, con más detalle, los retos para la seguridad que suponen la ciberseguridad y la desinformación⁶.

Durante este semestre, la ministra de Defensa ha mantenido un contacto frecuente con las misiones españolas en el exterior. Una mención especial ha tenido la misión en Líbano, comandada por un general español, debido al deterioro de la situación regional, que ha resultado, a finales del semestre, en varios ataques a los cascos azules por parte de Israel, criticados por parte de nuestro Gobierno.

La ministra Robles ha mantenido una reunión con el secretario general adjunto de Operaciones Mantenimiento de la Paz de NNUU, con mayor atención a UNIFIL. Robles también ha recibido a los 116 militares españoles que han regresado de la misión de la UE en Mali finalizada en mayo.

También en mayo, a petición del secretario de Defensa de EE.UU., se ha reunido el Grupo de Contacto para la Defensa de Ucrania. Unos días después, el ministro R. Umerov ha conversado con Robles para analizar los próximos paquetes de ayuda militar y el incremento de soldados ucranianos que formará España. Ambos han mantenido una nueva videoconferencia en julio.

La ministra M. Robles ha asistido a la reunión de ministros de Defensa de la Unión, centrado en el apoyo militar a Ucrania. Asimismo, en la segunda de las sesiones los socios han debatido sobre la PCSD en el Sahel y el Mar Rojo, la revisión de la PESCO y los avances en la Capacidad de Despliegue Rápido.

La titular de Defensa ha visitado el Cuartel General del Mando Aliado Conjunto de la OTAN situado en Nápoles (Italia).

A finales de agosto, el titular de Exteriores se ha reunido con el secretario general de la OTAN, J. Stoltenberg, con quien ha abordado la situación en Ucrania, así como la inestabilidad en el vecindario meridional y al reciente nombramiento de un español como representante especial para la región sur.

En esas mismas fechas, Robles ha acudido a la reunión informal de ministros de Defensa de la UE presidida por Borrell para tratar la situación en Ucrania, y la inestabilidad en el Sahel, que exige un mayor compromiso europeo.

Días más tarde, la ministra ha viajado a la base alemana de Ramstein para un nuevo encuentro del Grupo de Contacto de Ucrania liderado por EE. UU. y que ha contado con la participación de Zelenski. Ya en Madrid, Robles ha recibido a su homólogo moldavo, A. Nostavi, y ha firmado una carta de intenciones para ahondar en una mayor cooperación bilateral en Defensa.

Los titulares de Exteriores y Defensa han acogido una reunión con sus homólogos portugueses para tratar la situación de Oriente Medio, Ucrania, África, así como la seguridad de la UE y OTAN. Al final del encuentro, han firmado la Declaración conjunta España-Portugal.

6 COMISIÓN MIXTA DE SEGURIDAD NACIONAL, Sesión celebrada el 20 de mayo de 2024, *Diario de Sesiones de las Cortes Generales*, 20 de mayo de 2024, núm. 31, https://www.congreso.es/public_oficiales/L15/CORT/DS/CM/DSCG-15-CM-31.PDF

III. COOPERACIÓN INTERNACIONAL PARA EL DESARROLLO

El Consejo de Ministros ha aprobado el Plan Director de la Cooperación Española 2024-2027, encargado de fijar los objetivos y prioridades para ese periodo⁷. Dicho plan ha sido explicado en la Comisión de Cooperación Internacional para el Desarrollo del Congreso de los Diputados por el director de la AECID, A. Leis⁸. Y, posteriormente, ha sido presentado de forma oficial por el titular de Exteriores. Paralelamente, se ha aprobado el nuevo Estatuto de las Personas Cooperantes, que fortalece el marco regulatorio y lo adapta a la situación actual, mejorando los derechos de los cooperantes, los deberes de los cooperantes y las entidades o algunas medidas para promover la formación y el desarrollo profesional. En junio, la Comisión de Cooperación Internacional para el Desarrollo del Senado ha acogido la comparecencia de la secretaria de Estado de Cooperación Internacional, Eva M^a Granados, para informar de las líneas generales de la secretaria y detallar el Plan Director ya mencionado⁹.

A mediados de agosto, nuestro país ha sido elegido para albergar la IV Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo por parte de Naciones Unidas. El acto tendrá lugar en Sevilla, el próximo verano.

Durante el viaje oficial del rey Don Felipe a Jordania en el mes de octubre, el monarca ha visitado el campo de refugiados de Baqa'a que cuenta con un proyecto financiado por la AECID a través de UNRWA.

IV. EUROPA Y SU REPERCUSIÓN EN LA POLÍTICA EXTERIOR ESPAÑOLA

En mayo, P. Sánchez se ha reunido con el presidente del Consejo Europeo, C. Michel, y con el vicepresidente ejecutivo de la Comisión Europea, M. Sefcovic, para repasar el futuro y los retos de la UE. Igualmente, tras el relevo en el cargo, el presidente Sánchez ha recibido en la Moncloa al próximo presidente electo del Consejo Europeo, A. Costa.

El presidente del Gobierno ha participado en la cumbre de la Comunidad Política Europea organizada en el mes de julio por el Reino Unido, con el foco en la guerra en Ucrania, la migración o la defensa de la democracia. En los márgenes del evento, Sánchez se ha reunido de forma bilateral con sus homólogos de Reino Unido, Ucrania, Países Bajos, Islandia y Armenia.

7 MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES, UNIÓN EUROPEA Y COOPERACIÓN, *Plan Director de la Cooperación Española para el Desarrollo Sostenible y la Solidaridad Global 2024-2027*, 2024, https://www.exteriores.gob.es/es/PoliticaExterior/Documents/Cooperaci%C3%B3n%20para%20el%20desarrollo/Plan%20Director%20de%20la%20Cooperaci%C3%B3n%20Espa%C3%B1ola_FINAL.pdf

8 COMISIÓN DE ASUNTOS EXTERIORES. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. Sesión celebrada el 15 octubre de 2024, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, 15 de octubre de 2024, núm. 179, https://www.congreso.es/public_oficiales/L15/CONG/DS/CO/DSCD-15-CO-179.PDF

9 COMISIÓN DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL AL DESARROLLO, Sesión celebrada el 10 de junio de 2024, *Diario de Sesiones de las Cortes Generales*, 10 de junio de 2024, núm. 132, https://www.congreso.es/public_oficiales/L15/SEN/DS/CO/DS_C_15_132.PDF

Durante el Consejo de Asuntos Exteriores de la UE de mayo, los ministros han tratado los temas recurrentes de los últimos meses: la agresión de Rusia a Ucrania y las situaciones en Oriente Medio, Georgia, Venezuela y Haití. Además, en el Consejo de Asuntos Exteriores celebrado en junio, Albares y el resto de los ministros comunitarios han abordado la situación en Ucrania con su homólogo ucraniano, así como la situación en Gaza, además de otros temas como los Balcanes, el Cáucaso o la Región de los Grandes Lagos.

El ministro de Interior ha participado en la reunión del Consejo de Asuntos de Interior en el que la comisaria ha presentado el Plan de Implementación del Pacto sobre Migración y Asilo.

La ministra Ana Redondo ha participado en el primer Consejo de Ministros de Igualdad, el primero dedicado exclusivamente a este tema.

Por su parte, la agenda bilateral con Ucrania ha sido tan intensa como en los últimos semestres. Destaca la visita oficial del presidente V. Zelenski a España, que ha sido recibido por los reyes. Zelenski ha rubricado con Sánchez un acuerdo político bilateral de seguridad y defensa que incluye asistencia humanitaria, reconstrucción y búsqueda de paz¹⁰. En materia multilateral, en el mes de junio se ha celebrado la Cumbre sobre la Paz en Ucrania, con la participación del presidente, en la que se ha debatido la seguridad nuclear, la seguridad alimentaria y la dimensión humanitaria del conflicto.

Portugal ha sido el destino del primer viaje oficial de la princesa Leonor, en el que se ha reunido con el presidente de la República, M. De Sousa. La agenda con el país luso también ha incluido un encuentro entre ministros de Exteriores en mayo. Meses más tarde, ha tenido lugar una cumbre luso-española en Lisboa que ha puesto de manifiesto los estrechos vínculos bilaterales.

El rey ha realizado un viaje oficial a los países bálticos y se ha reunido con el presidente estonio, A. Karis, lituano, G. Nauseda, y letón, E. Rinkevics, así como la primera ministra letona, E. Silina. Además, ha visitado los contingentes españoles presentes en la región.

En este semestre se han celebrado las jornadas checo-españolas. En este marco, el ministro Albares se ha reunido con su homólogo checo, M. Dvořák, para repasar las buenas relaciones políticas y económicas bilaterales, así como compartir impresiones sobre asuntos europeos.

Pedro Sánchez ha realizado una visita oficial a Rumanía y se ha reunido con su primer ministro, M. Ciolacu, para repasar la agenda bilateral y asuntos comunitarios, principalmente las prioridades en el próximo ciclo de la UE.

A finales de agosto, Albares ha participado en la reunión de ministros de exteriores en Gynich para tratar el apoyo a Ucrania, así como la creciente inestabilidad de Oriente Medio. En el marco de este viaje, el titular de Exteriores ha podido mantener encuentros bilaterales con distintos homólogos europeos, así como el ministro de Exteriores turco, H. Fidan.

10 LA MONCLOA, *Acuerdo de Cooperación en materia de seguridad entre España y Ucrania*, 27 de mayo de 2024, <https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2024/270524-Mou-Ucrania-Esp.pdf>

Posteriormente, el jefe de la diplomacia española se ha reunido con el nuevo ministro de Exteriores gallo, S. Séjoruné con quien ha tratado aspectos como el necesario impulso a las interconexiones entre ambos países.

El titular de Exteriores de Macedonia del Norte ha visitado España, en donde se ha reunido con su homólogo español para repasar las relaciones bilaterales.

A mediados de octubre, P. Sánchez ha visitado al papa Francisco en el Vaticano en donde ha tratado la importancia de trabajar por una menor tensión internacional, así como impulsar el diálogo y la defensa de los derechos humanos. Más tarde, el presidente del Gobierno ha acudido a Chipre para asistir a la Cumbre MED9 que reúne a nueve Estados miembros del Mediterráneo y que, además, cuenta con la participación de la presidenta de la Comisión. Allí se han abordado aspectos como la relevancia de las interconexiones energéticas y, a su vez, se ha reconocido la importancia de la nueva cartera del Mediterráneo en el seno de la nueva Comisión.

Albares ha acudido a la reunión del Consejo, en su formación de Asuntos Exteriores, celebrado en Luxemburgo para tratar la importancia de la misión FINUL y UNFIL en el Líbano y, por parte de España, expresar su rechazo a los ataques llevados a cabo por Israel. Además, ha podido mantener encuentros bilaterales, entre los que destaca su reunión con el recién nombrado titular de Exteriores de Francia, J.N. Barrot.

Días más tarde, el Consejo Europeo se ha reunido y ha contado con la participación de Pedro Sánchez quien, posteriormente, ha viajado hasta Lovaina en donde su homólogo belga le ha mostrado las instalaciones de uno de los principales centros de investigación de nanotecnología del mundo.

A mediados de octubre, Albares ha acudido a un nuevo encuentro del Consejo de Asuntos Exteriores para volver a abordar la situación del Líbano y los ataques a la misión militar de la ONU. Más tarde, ha mantenido un nuevo encuentro con su homólogo británico para tratar la situación de Gibraltar.

La ciudad condal ha acogido a finales de octubre la reunión anual de la iniciativa europea Unión por el Mediterráneo que, entre otros temas, ha tratado la situación de Oriente Medio.

V. AMÉRICA

España ha sido elegida sede de la XXX Cumbre Iberoamericana de 2026. Por ello, Albares ha reunido a los embajadores latinoamericanos acreditados en España y a las instituciones del espacio iberoamericano para trasladarles que el objetivo de la Cumbre será reafirmar el sistema de cooperación de la asociación latinoamericana.

La secretaria de Estado para Iberoamérica y el Caribe y el Español en el Mundo, S. Sumelzo, ha comparecido ante la Comisión de Asuntos Iberoamericanos para explicar las líneas estratégicas del departamento¹¹.

11 COMISIÓN DE ASUNTOS IBEROAMERICANOS, Sesión celebrada el 9 de mayo de 2024, *Diario de Sesiones de las Cortes Generales*, 9 de mayo de 2024, núm. 107, https://www.congreso.es/public_oficiales/

En materia de relaciones transatlánticas, el ministro de Exteriores se ha reunido en Washington con el secretario de Estado A. Blinken para revisar las relaciones bilaterales y las posiciones de ambos respecto a los conflictos en Ucrania y Gaza. En junio, la ministra Robles ha conversado con su homólogo estadounidense para tratar los suministros a Ucrania.

Los asuntos relacionados con Venezuela también han ocupado una parte importante de la agenda, especialmente tras la celebración de las elecciones en el país, con sospechas de fraude por parte del Gobierno de N. Maduro. Por su parte, España se ha adherido a la Declaración de Santo Domingo y ha acogido al líder de la oposición, E. González, en Madrid. Asimismo, la Comisión de Asuntos Iberoamericanos ha recibido en junio, un mes antes de las elecciones, la comparecencia de la política opositora M. C. Machado¹².

Felipe VI ha acudido a la toma de posesión del presidente electo de Panamá, J. R. Mulino Quintero, celebrada a finales de junio. El ministro de Exteriores panameño se ha reunido en España con el titular español para tratar asuntos económicos, de cooperación y consultas políticas. El monarca también ha encabezado la delegación española en las tomas de posesión del presidente salvadoreño, N. Bukele, y dominicano, S. E. L. Abinader.

La reina Leticia ha realizado en junio un viaje de cooperación a Guatemala, socio prioritario de la cooperación española.

En mayo, el Gobierno español ha llamado a consultas a su embajadora en Argentina tras unas palabras vertidas por el presidente argentino, Javier Milei, contra la esposa del presidente.

En septiembre, el jefe de la diplomacia española se ha reunido con su homóloga haitiana en Madrid para abordar y apoyar la necesaria estabilización del país.

Semanas más tarde, la recién elegida presidenta mexicana, C. Sheinbaum, ha excluido al rey de la ceremonia de su toma de posesión al exigir una disculpa por su no respuesta a la carta enviada por parte de su predecesor en la que exigía disculpas por el papel de España durante la Conquista. Por su parte, el Gobierno ha elevado una queja formal y no ha acudido a la ceremonia.

En los márgenes de la 79ª sesión de la Asamblea General de la ONU, Albares ha podido celebrar distintos encuentros bilaterales con sus homólogos de la región tales como los ministros brasileño, mexicano y colombiano.

VI. MEDITERRÁNEO MERIDIONAL, MAGREB Y ORIENTE PRÓXIMO

La agenda exterior con relación a Palestina ha sido especialmente intensa, debido al reconocimiento formal al Estado Palestino, realizado el 28 de mayo simultáneamente con Noruega e

[L15/SEN/DS/CO/DS_C_15_107.PDF](#)

12 COMISIÓN DE ASUNTOS IBEROAMERICANOS, Sesión celebrada el 10 de junio de 2024, *Diario de Sesiones de las Cortes Generales*, 10 de junio de 2024, núm. 133, https://www.senado.es/legis15/publicaciones/pdf/senado/ds/DS_C_15_133.PDF

Irlanda. Antes de formalizar el reconocimiento, P. Sánchez ha conversado con el presidente de la Autoridad Palestina, y esa misma semana, España ha recibido a diversas autoridades, como los ministros de Exteriores de Palestina, Arabia Saudí y Catar, así como el secretario general de la Organización para la Cooperación Islámica. La intensa agenda regional se ha reforzado con conversaciones con el primer ministro iraquí, M. Al Sudani, el ministro de Exteriores egipcio, S. Shoukry, y el primer ministro libanés, N. Mikati. En materia justicia internacional, España ha presentado una Declaración de Intervención en el procedimiento iniciado por Sudáfrica contra Israel ante la Corte Internacional de Justicia sobre la aplicación de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, aplicado a las acciones de Israel en la Franja de Gaza. Durante la conferencia de Respuesta Humanitaria para Gaza, celebrada en junio en Jordania, el presidente del Gobierno ha anunciado un paquete adicional de 16 millones de euros en apoyo a Palestina.

En junio, se ha celebrado la VIII Reunión de Alto Nivel España-Turquía, con la presencia de autoridades del país otomano encabezadas por el presidente de la República, R. T. Erdoğan. En la reunión, se han cerrado acuerdos de cooperación económica y comercial y se han firmado trece Memorandos de Entendimiento.

España ha inaugurado el Diálogo Estratégico con Catar que tiene el ámbito comercial y de inversiones como foco principal.

Ese mismo mes, el jefe de la diplomacia española ha participado en un encuentro con países europeos, árabes e islámicos para impulsar el fin de la guerra en Gaza y la búsqueda de la aplicación de la solución de dos Estados. De igual modo, ha mantenido reuniones bilaterales con sus homólogos de Arabia Saudí, Jordania y Noruega. En esas mismas fechas, P. Sánchez ha recibido en la Moncloa a presidente del Estado de Palestina y la Autoridad Palestina, M. Abbas.

En el marco de la 79ª período de sesiones de la Asamblea General de Naciones Unidas, Pedro Sánchez ha podido reunirse con el primer ministro de Marruecos, A. Akhannouch, para tratar, entre otras cuestiones, la gestión de flujos migratorios. Posteriormente, ha celebrado un encuentro con el rey de Jordania y, finalmente, con el primer ministro de Líbano.

En plena escalada del conflicto en Oriente Medio, Felipe VI ha realizado el viaje oficial a Jordania que había sido programado con anterioridad. El rey ha acudido acompañado por el ministro de Exteriores y el director de la AECID. Posteriormente, Albares ha viajado a Egipto en donde ha mantenido encuentros con las principales autoridades del país.

Sánchez ha participado en la I Cumbre UE–Consejo de Cooperación del Golfo celebrada en Bruselas. Durante su estancia en la capital europea, ha podido reunirse con el ministro de Kuwait, el Jeque A. Abdullah Al– Ahmad Al– Sabah, y con el príncipe heredero de Arabia Saudí, M. Bin Slamn.

VII. ÁFRICA SUBSAHARIANA Y AUSTRAL

En junio, el titular de Exteriores ha realizado un viaje oficial a África Occidental. En Gambia, Albares ha sido recibido por el presidente, A. Barrow, y el ministro de Exteriores, M. Tangara.

Asimismo, en Senegal, el ministro ha sido recibido por el presidente y ha mantenido reuniones con los ministros del Interior y Exteriores.

En junio, Albares ha visitado Cabo Verde y ha mantenido encuentros con el presidente de la República, J.M. Neves, con el primer ministro, U. Correia e Silva, y con el titular de Exteriores, A. Rui de Figueiredo.

El jefe de la diplomacia española se ha reunido con la ministra mozambiqueña V. Macamo para revisar las relaciones bilaterales en temas como cooperación al desarrollo, seguridad, desarrollo económico o diplomacia cultural, así como el apoyo de España a la lucha contra el terrorismo en la zona.

El ministro Albares ha recibido a la ministra ghanesa S. Ayorkor Botchwey para revisar las relaciones en materia migratoria seguridad marítima o cooperación al desarrollo.

En julio, la titular de Defensa se ha reunido con su homólogo nigeriano, M. Badaru Abubakar, que ha visitado España para conocer las posibilidades de la industria de Defensa en España.

A mediados de agosto, Robles ha viajado a la República Democrática del Congo para reforzar lazos en materia de Defensa. Un mes más tarde, la ministra se ha reunido en Madrid con su homólogo camerunés, J. Beti Assomo, para firmar un Acuerdo Marco de Cooperación en Defensa.

A principios de septiembre, el ministro Albares ha presidido la reunión de embajadores africanos para abordar la futura “Estrategia de África” que, posteriormente, se llevará al Consejo de Ministros.

Por su parte, Sánchez ha realizado una gira por África en donde ha visitado los países de Mauritania, Gambia y Senegal para reforzar la cooperación entre España y estos países, especialmente en cuestión migratoria.

VIII. ASIA Y PACÍFICO

El titular de Economía, C. Cuerpo, ha presidido, con su homólogo chino, Wang W., la Comisión Mixta Económica e Industrial Hispano-China, dedicado a estrechar las relaciones entre ambos países.

El ministro de Exteriores ha reunido a los embajadores asiáticos acreditados en España para debatir la cooperación con esos países y ha anunciado el refuerzo de la presencia política, económica y cultural de España en la región.

En el contexto del conflicto entre la UE y China por la aprobación de sanciones a los vehículos eléctricos del país asiático, el presidente del Gobierno ha visitado China en donde se ha podido reunir, entre otros, con el presidente chino, Xi J., y el primer ministro, Li Q. con quienes ha constatado la importancia de las relaciones bilaterales existentes entre ambos países.

Durante la visita a New York para participar en la 79ª periodo de sesiones de la Asamblea General de la ONU, Albares se ha reunido bilateralmente con sus homólogos de la India, Corea del sur u Omán.

A finales de octubre, Pedro Sánchez y su mujer han visitado a la India en donde se ha reunido con las principales autoridades del país. Además, Sánchez junto con Modi ha inaugurado la planta de Airbus y TATA que se prevé fabrique cuarenta aviones C-295.

IX. ORGANISMOS INTERNACIONALES Y DIPLOMACIA MULTILATERAL

La 79ª sesión de la Asamblea General de Naciones Unidas en New York ha marcado la agenda multilateral de este semestre. Al encuentro ha acudido el presidente del Gobierno acompañado por el titular de Exteriores. Durante su intervención, Sánchez no ha dudado en destacar que “la paz, la democracia y el desarrollo son esenciales para el progreso de las naciones”. El presidente también ha intervenido en la primera reunión del Grupo de Líderes del Plan de Estímulo de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas.

A finales de agosto, Sánchez ha presentado en Dakar la iniciativa Alianza África Avanza para impulsar la inversión, formación y creación de tejido productivo en el continente vecino.

En el mes de octubre, ha tenido lugar la cumbre del G-20 en Brasil y España, como invitada permanente, ha acudido al encuentro.

Finalmente, cabe mencionar que España ha sido elegida para integrar el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas durante el periodo 2024-2027.

RECENSIONES

BARBÉ IZUEL, E. y MARTÍN MARTÍNEZ, M.M. (Dir.), *La violencia contra las mujeres en un orden internacional en transición*, Aranzadi, Las Rozas (Madrid), 2024, 379 pp.

Esta obra es el resultado de un proyecto liderado por sus directoras las profesoras Esther Barbé Izuel y Magdalena M. Martín Martínez, que aborda de manera comprensiva un panorama complejo de avances y retrocesos en el tratamiento de la violencia contra las mujeres. El libro se estructura en un capítulo introductorio, 13 estudios de caso y un capítulo conclusivo.

En el primero, las directoras de la obra presentan el marco de análisis que orienta los estudios de caso. El punto de partida es la constatación de que la violencia contra las mujeres se ha convertido en un tema central en la agenda mundial, tanto a nivel internacional como nacional. Tras décadas de progreso en el ámbito de los derechos de las mujeres, se percibe un ataque generalizado desde distintos planteamientos ideológicos ultraconservadores y religiosos contra esos derechos, aunque también se han producido importantes avances en el derecho interno. Los compromisos contenidos en los textos relevantes del Derecho internacional están en el punto de mira de los negacionistas de la violencia contra las mujeres y también sus fundamentos: que la violencia se basa en el género y que es un mecanismo social de reproducción de la desigualdad.

En términos de agenda política, la violencia contra las mujeres implica a los tres grandes pilares de las Naciones Unidas: el mantenimiento de la paz y la seguridad (violencia sexual en conflicto, agenda Mujeres, Paz y Seguridad, persecución de crímenes de naturaleza sexual a través de tribunales penales internacionales), el desarrollo (Objetivos de Desarrollo Sostenible, ODS 5) y los derechos humanos (Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena).

La violencia contra las mujeres, en términos normativo-institucionales, conforma el objeto de un régimen complejo, que se encuentra en un contexto de transformación del orden internacional. Se pretende analizar ese régimen a diversos niveles (nacional, regional, global); en sus diversas componentes (violencia sexual, matrimonio forzado, mutilación genital, violencia sobre refugiadas) y con diversos enfoques (gobernanza global, contestación normativa, politización). Y se articula sobre tres grandes cuestiones, que las autoras desarrollan en el capítulo: 1. El contexto en el que la violencia contra las mujeres entra en la agenda internacional, que coincide con la expansión del orden liberal a nivel mundial; 2. Los mecanismos que explican la transición del orden internacional para entender cómo la lucha contra la violencia contra las mujeres se ha convertido en un tema altamente controvertido, que caracterizan como sometido a fragmentación, contestación y politización; 3. La emergencia e institucionalización del régimen, destacando sus componentes institucional y normativo y sus limitaciones, reflejadas en las posiciones de un nutrido número de Estados, gobernados o influenciados por fuerzas políticas de extrema derecha o religiosas y también en la ausencia de un tratado internacional dedicado a la violencia de género en la región asiática y en el ámbito universal.

A efectos de análisis, el régimen se desglosa en tres grandes enfoques: a) el normativo que responde a tres subsectores del ordenamiento internacional (derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho internacional penal); b) el institu-

cional, que se sitúa en diferentes niveles de análisis (global, regional y doméstico) y c) las tres grandes agendas que dan cabida a la eliminación de la violencia contra las mujeres (Mujeres, Paz y Seguridad; Objetivos de Desarrollo Sostenible y Derechos Humanos). Pero existe una interconexión entre los subsectores, una interacción entre los diferentes niveles de actuación político-institucional y una interrelación entre las agendas.

La primera parte recoge una serie de siete capítulos relativos a las dinámicas institucionales del régimen contra la violencia contra las mujeres.

El capítulo 2, redactado por Diego Badell se ocupa de lo que denomina la consolidación del movimiento antigénero en Naciones Unidas. En él se aborda la contestación normativa liderada por una constelación de actores entre los que destaca la Santa Sede y los Estados Unidos de las administraciones Bush y Trump, junto con otros aliados como Rusia y otros Estados y organizaciones de los espacios islámicos y católicos, para tratar de bloquear conceptos como los de género, violencia de género o derechos sexuales y reproductivos. El trabajo se proyecta en el impacto de este movimiento en las resoluciones de la Asamblea General de la ONU, desde 2013, en especial, mediante las enmiendas a los proyectos de resolución de su Tercera Comisión, para controlar el lenguaje utilizado, para forzar terminologías más ambiguas o para directamente evitar el uso de ciertos términos. El principal resultado obtenido es que han dejado de adoptarse las resoluciones por consenso y que la violencia contra las mujeres está ahora en el centro de la discrepancia.

El trabajo que firma Raquel Vanyó aborda la delicada cuestión de los crímenes de naturaleza sexual cometidos por miembros masculinos de las fuerzas de mantenimiento de la paz, ya se trate de personal de la ONU o de personal de los Estados miembros que actúa bajo mandato de la ONU. En él se parte de la información contenida en distintos informes relativos a misiones de la ONU, para analizar la respuesta de la Organización, a través de su política de tolerancia cero y sus limitaciones, que parten de la complejidad de manejar elementos normativos y culturales de distintos países, junto con los del Estado donde se desarrollan las operaciones y las propias normas de la ONU, por otra parte fragmentadas en distintos documentos aplicables a distintos tipos de personal que pueden variar de una a otra misión. En esa tarea se analizan los ámbitos de la prevención, la aplicación y la reparación, en los que se han adoptado una gran variedad de medidas y cuyo punto débil se sitúa en la reparación, ya que los Estados que deben canalizarla dan una respuesta claramente insuficiente a las reclamaciones, en las que, cuando hay sanciones, no mantienen una proporcionalidad con la gravedad de los hechos. Y, por otra parte, los Estados se oponen a cualquier propuesta destinada a establecer ámbitos de jurisdicción de la ONU en relación con sus nacionales participantes en misiones de paz. Además, el contexto de contestación política a los conceptos de la violencia de género no facilita tampoco avances en este terreno.

En el siguiente capítulo, Esther Barbé analiza la adopción sin unanimidad de la Resolución 2467 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para poner en relación la violencia sexual en los conflictos con la salud sexual y reproductiva y se pregunta si se trata de una relación tóxica. Analiza cómo ambas normas han experimentado procesos de contestación en un contexto de creciente polarización que cruza dos ejes: soberanía nacional frente a normas internacionales y liberalismo/solidarismo frente a iliberalismo. Argumenta que, mientras en el

primer caso se contestan aspectos de aplicación de la norma (participación de sociedad civil, rendición de cuentas en el plano internacional), en el segundo lo que pone en cuestión es la validez de la norma. Ello se materializa desde el debate previo a la Resolución 2467, en la que se conjugan la oposición de Estados Unidos en torno al concepto previamente consensuado sobre la salud sexual y reproductiva y, en particular, por la conexión que, en la política interna, se hace con el aborto, con las posiciones de China y Rusia, que en defensa de una concepción estricta de la soberanía se oponen a determinados aspectos del planteamiento de la violencia contra las mujeres. La autora concluye que, en efecto, la politización de la salud sexual y reproductiva ha conllevado una erosión del consenso en torno a la violencia contra las mujeres y, a la postre a la erosión del modelo liberal de construcción de la paz, formulado en la Resolución 1235, del año 2000, del Consejo de Seguridad.

La contribución de Isabel Lirola Delgado es un análisis de la jurisprudencia internacional relativa a la violencia contra las mujeres, presentada como una red de contención en un contexto de contestación de la norma. Para ello identifica dos elementos de tensión que amenazan la aplicación de la norma relativa a la violencia contra las mujeres: la tensión entre unidad y fragmentación del orden internacional, reflejada en la pluralidad de órganos jurisdiccionales autónomos vinculados a distintos sectores del derecho internacional que abordan la violencia contra las mujeres; y la tensión generada por la contestación de los Estados a la labor de los tribunales internacionales. La primera parte del capítulo analiza la presencia de la perspectiva de género en la jurisprudencia internacional sobre la violencia contra las mujeres y su contribución a la construcción del marco normativo y contiene elementos basados en la jurisprudencia en casos recientes. En la segunda parte se trata la contestación de los Estados, se identifican los órganos judiciales más afectados (la CPI, la CIDH o el TEDH) y se examina, asimismo a la luz de la jurisprudencia reciente, la respuesta de dichos órganos y su interacción mutua. Se concluye que, pese a las tendencias regresivas, la jurisprudencia internacional constituye una red de contención en defensa del marco jurídico relativo a la violencia contra las mujeres.

El capítulo firmado por Carolina Jiménez Sánchez se dedica al análisis de la interpretación del concepto “violencia contra las mujeres” en los comités de derechos humanos, a través del análisis cruzado de los pronunciamientos de los mencionados órganos. En el núcleo del trabajo se presenta, por una parte, el tratamiento de la violencia contra las mujeres en las recomendaciones generales 12, 19 y 35 del Comité CEDAW, de las que se desgranar los componentes principales del marco jurídico aplicable, en el marco de la Convención, para, después, examinar cual ha sido la recepción de dichos planteamientos en los pronunciamientos del resto de Comités. En este aspecto se constata la falta de un consenso de estos órganos en cuanto a la terminología utilizada, así como el escaso número de recomendaciones en relación con la violencia contra las mujeres. En definitiva, se concluye que la violencia contra las mujeres ha quedado circunscrita al ámbito de la CEDAW, señalando la escasa recepción en el Comité de Derechos Humanos o el de Derechos del Niño y la nula recepción en el Comité contra la Discriminación Racial y el Comité contra las Desapariciones Forzadas. Aunque se apunta un cambio de tendencia en los órganos de más reciente creación (los relativos a los trabajadores migrantes y a las personas con discapacidad. No se constata una integración efectiva del tratamiento de la violencia contra las mujeres en el conjunto de órganos mencionados ni que se asuma por los demás la centralidad de la construcción del Comité CEDAW.

Carmela Barcia Bustelo se ocupa, en su contribución, de la violencia contra las mujeres en el marco de la acción exterior de la Unión Europea. La autora presenta la trayectoria de la Unión en la promoción de la igualdad de género, mediante los sucesivos planes de acción (Gender Action Plan, GAP), impulsados desde 2010, así como la posición clara en relación con la violencia contra las mujeres, manifestada en especial en la adhesión al Convenio de Estambul. Después analiza la tramitación de la propuesta de la tercera edición del Plan, formulada conjuntamente por la Comisión y el Servicio Europeo de Acción Exterior, a finales de 2020 y detalla como la presidencia alemana del Consejo trató la ruptura de la cohesión de los Estados Miembros al respecto por la oposición de Polonia, Hungría y Bulgaria y finalmente se adoptó el texto como Conclusiones de la Presidencia, que mantiene el contenido esencial de la propuesta inicial, por lo que no contó con el apoyo de los tres Estados discrepantes, que se manifiesta, entre otros aspectos, en su oposición a los términos igualdad de género o a las referencias al Convenio de Estambul. No obstante, la autora considera que el papel de liderazgo de la Unión Europea en este ámbito ni ha quedado mermado por esa oposición, puesto que el GAP III, como documento de política está orientando la acción de sus instituciones ejecutivas, la Comisión y el SEAE.

El capítulo que firma Magdalena M. Martín Martínez, y que cierra la primera parte, se centra en la propuesta y el debate sobre la directiva de la UE sobre violencia contra las mujeres y violencia doméstica (aprobada finalmente como Directiva (UE) 2024/1385, de 14 de mayo de 2024). La autora parte de la constatación de la falta de datos fiables en el ámbito de la UE sobre la violencia contra las mujeres, así como de un retroceso en su tratamiento jurídico, tanto en el derecho interno de diversos Estados de la Europa Central y Oriental, como en su contestación al Convenio de Estambul. En este contexto, y junto a la adhesión a este Convenio por parte de la UE, culminada en 2023, la segunda vía promovida por la Unión fue la de elaborar una directiva específica, cuya propuesta fue presentada en 2022. En el trabajo se presentan la estructura y el contenido de la propuesta y se analizan los principales problemas suscitados en el debate: la justificación de la necesidad de la directiva, la ausencia de una base jurídica autónoma y la tipología de los delitos contemplados, en especial con el delito de violación y el papel del consentimiento o la necesidad de coacción como elemento del tipo penal. Para la autora la polarización política y la contestación normativa en el seno de la Unión, que atribuye a una ideología de género caduca, presente en los derechos nacionales, y a la defensa del derecho penal como espacio propio de la soberanía, han generado una división sustancial entre los Estados miembros y entre las instituciones, que a la postre se ha traducido en la exclusión final de la violación del ámbito de la Directiva a iniciativa del Consejo. El acuerdo interinstitucional, como ha sucedido en otros ámbitos, se aceleró a pesar de las discrepancias, ante la inminencia de unas elecciones al Parlamento Europeo que podían aumentar el peso de las opciones nacionalistas y de extrema derecha. La autora valora la Directiva como un paso adelante en el rearme jurídico de la Unión, pero como el inicio de una nueva etapa que permita, en un horizonte de revisión de cinco años, reintroducir el delito de violación.

La segunda parte contiene seis capítulos relativos a la aplicación práctica de políticas por parte de los Estados, en distintos niveles.

En el ámbito, todavía, de la Unión Europea, Lucrecia Rubio Grundell aborda las políticas de la UE contra la trata de mujeres con fines de explotación sexual. Parte de la proliferación

normativa producida desde 2000 en los distintos ámbitos regionales y, en el caso de la UE, de la Decisión Marco sobre la lucha contra la trata de seres humanos, de 2002, y la Directiva de 2011 sobre la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas. Y pone en relación este proceso con el de la progresiva securitización del tema, como epifenómeno de la inmigración irregular y la penetración del crimen transnacional organizado, que ha sido objeto de crítica desde posiciones basadas en el enfoque de género y de derechos humanos, centradas en la atención a las víctimas. Aunque esta posición se ve condicionada directamente por el debate sobre la prostitución presente en el espacio feminista. De esta manera, securitización, abolicionismo y trabajo sexual interaccionan para generar una doble contestación, tanto desde el enfoque contrario a la securitización, como dentro del propio espacio feminista. El capítulo aborda estas cuestiones en tres etapas, que la autora sitúa en las décadas de 1990, 2000 y 2010. En sus conclusiones destaca que la doble contestación normativa no se refiere, como en otros casos de estudio, al rechazo del desarrollo supranacional de la norma o su carácter liberal, sino que tiene lugar desde posiciones abiertas al transnacionalismo y al liberalismo, que comparten la necesidad de abordar la trata de mujeres con fines de explotación sexual en el marco de la UE, pero difieren en la forma de articular los intereses de la comunidad con los de los derechos individuales.

Por su parte, Dorothy Estrada Tanck, trata el “Apartheid de género” como categoría para calificar la opresión de las mujeres en Afganistán. Aprovechando su experiencia como miembro del Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre la cuestión de la discriminación contra las mujeres y las niñas la autora presenta, en el contexto de un retroceso de género a nivel mundial, la situación de las mujeres en Afganistán como un cuadro de discriminación masiva, grave y sistemática. A continuación, analiza la viabilidad de establecer como nueva categoría jurídica lo que denomina el “apartheid de género”, como una categoría cualitativamente diferente de una suma de violaciones de derechos humanos o de supuestos de discriminación contra las mujeres. Su argumento se centra en el debate de las siguientes ideas: la segregación basada en el género sería una de las formas de apartheid, cuya prohibición tiene la condición de norma imperativa de derecho internacional; constituye asimismo una violación grave y sistemática de los derechos humanos, que se proyectan sobre el derecho internacional penal y el derecho internacional humanitario, aunque Afganistán es Parte en distintos instrumentos convencionales pertinentes, no lo es en todos; la persecución de género ya está incluida en el concepto de crímenes contra la humanidad, del artículo 7 del Estatuto de Roma de la CPI. La autora formula, al respecto, una serie de propuestas prácticas alternativas o complementarias. Y concluye que el apartheid de género en Afganistán es un fenómeno que, además de englobar múltiples violaciones de derechos, convierte esa restricción de derechos en el eje central de la gobernanza del país y convierte la desigualdad de género en un “pilar neurálgico del modelo de sociedad, de las instituciones, del marco jurídico, de las políticas públicas, de la interacción social e interpersonal y, en suma, de la cultura”, constituyendo un reto ineludible para el multilateralismo.

La contribución de Carmen Montero Ferrer se dedica al análisis de la prohibición de la violencia sexual en los conflictos, en concreto, en el continente africano. El carácter endémico de la violencia sexual en África puede tener como causas las dificultades que las víctimas tienen para obtener justicia, verdad y reparación en situaciones de dictadura o de conflicto armado,

unido al uso de dicha violencia como arma para intimidar y castigar a los opositores, así como las lagunas en la ratificación del Protocolo de Maputo, de 2003, unido al escaso esfuerzo de aplicación de los Estados Parte. La autora se pregunta si hay una contestación a la norma en el ámbito africano y, para ello, organiza su aportación en tres partes. En la primera de ellas analiza la violencia sexual como táctica de guerra y como arma política, y los instrumentos creados en África para afrontar dicha violencia; en la segunda parte aborda directamente los elementos de contestación a la prohibición de la violencia sexual presentes en las posiciones de algunos países africanos, con base en el análisis del estado de ratificación e implementación del Protocolo de Maputo; y en la tercera a la contestación, en concreto, al marco normativo de rendición de cuentas, en conexión con la trayectoria de comisiones de la verdad y tribunales internacionales o internacionalizados de carácter penal que se ha producido en el continente africano. La autora concluye que el Protocolo de Maputo, ampliamente ratificado, muestra una adaptación a la realidad africana de la norma general, pero también que existe una contestación a la misma tanto por Estados que no lo han ratificado como por otros que lo han hecho, pero no han adoptado la legislación nacional que lo haga aplicable; contestación que se manifiesta también en la falta de actuación de los Estados en materia de rendición de cuentas por la violencia sexual cometida en conflictos armados y en la escasa efectividad de los derechos de las víctimas. A diferencia del caso europeo, no se trataría aquí tanto de una oposición expresa a la norma como de una contestación tácita, por inacción.

Aún en el contexto africano, el capítulo de Pol Bargués y María Martín de Almagro aborda la prevención de la violencia contra las mujeres en Liberia, al hilo de la experiencia de la iniciativa “Spotlight”, auspiciada en 2017 por la UE y la ONU y dirigida a apoyar a países concretos en distintos ámbitos (jurídico, institucional, de tratamiento de datos, de fortalecimiento de los movimientos de mujeres y de transformación cultural), para incidir en la lucha contra la violencia de género. La contribución analiza, en primer lugar, la Iniciativa Spotlight en Liberia, que coincide con la finalización de la misión de UNMIL, y los elementos novedosos de la estrategia utilizada para su despliegue, en particular el planteamiento integrado de la actuación y el papel que se atribuye a la sociedad civil y a los grupos de mujeres. En segundo lugar, pone el acento en el impacto que la iniciativa ha tenido, más allá de resultados concretos que se reconocen como importantes, en el terreno de la autonomía y del protagonismo de las mujeres participantes. Y, aunque consideran los autores que el programa se ha llevado a cabo con un planteamiento inclusivo, dando participación a muy distintos actores, entienden que el programa aparece como una forma de “control a distancia” y expresan sus dudas sobre el motivo de la selección de Liberia para el programa, al no reunir algunos de los indicadores previstos para él (ser un país con especiales problemas de violencia de género y compromiso claro del gobierno). Para la Iniciativa, el problema principal en Liberia es la mutilación genital femenina y, en cambio, dejan de lado otros aspectos de la violencia contra las mujeres. Por otra parte, la transformación cultural que se requiere y se pretende liderar desde el exterior tropieza con múltiples obstáculos empezando por la resistencia desde la propia cultura local. Los autores extraen dos conclusiones negativas: las mujeres participantes se convierten en implementadoras de un programa ajeno y la UE y la ONU han encontrado una forma de permanecer en el terreno, a través de financiación y apoyo técnico, por el que no asumen responsabilidades, ya que su éxito depende solamente del trabajo de los socios locales.

Inés Arco Escriche y Ona Stodt Mas escriben sobre la singularidad asiática en la eliminación de la violencia contra las mujeres. El contexto asiático presenta ciertas particularidades: ausencia de una convención regional de derechos humanos; ausencia de instrumentos relativos a la violencia contra las mujeres; alto grado de normalización social de la violencia en el seno familiar, conectado con la jerarquización entre hombre y mujer y la consideración de esfera privada de lo que ocurre en la familia; y, por tanto, ausencia de reconocimiento de la violencia contra las mujeres como un problema social grave. El capítulo aborda, en primer lugar, por una parte, la defensa del relativismo cultural y los valores tradicionales vinculados a la familia y la religión y, por otra, de la soberanía nacional, por parte de los Estados de ASEAN y cómo ello ha afectado no solamente a la promoción de los derechos humanos, en general, sino también, de manera específica, a los derechos de las mujeres y a la violencia contra ellas. Por ello la defensa de la cultura local, la religión, los valores asiáticos o las leyes nacionales se han esgrimido para justificar reservas a la CEDAW. En segundo lugar se presenta el proceso de adopción selectiva de normas sobre igualdad de género en el seno de la ASEAN, desde el año 2000, y el enfoque singular de los derechos de las mujeres, centrado en su papel como madres y cuidadoras, pero también como víctimas y dependientes de protección, por el que se ha dado entrada a la violencia contra las mujeres. Ahí juegan un papel el Comité de ASEAN para la Mujer, la Reunión Ministerial de ASEAN para la Mujer y la Comisión de ASEAN para la Promoción y Protección de los Derechos de las Mujeres y los Niños, que han contribuido a la adopción, entre otros textos, de la Declaración para la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (2004) o del Plan de Acción para la implementación de la Resolución 1325 del Consejo de Seguridad. En tercer lugar, se analizan las barreras existentes para la erradicación de la violencia contra las mujeres en ASEAN, distinguiendo las barreras políticas, los límites institucionales de los órganos subregionales y las barreras en la implementación nacional. En cuarto lugar, se expone el papel y la actividad de los movimientos de base de mujeres en la región, como motores de la presión en torno a la violencia contra las mujeres, especialmente en Indonesia, Filipinas, Malasia o Myanmar, y de la autoorganización transnacional a través de distintas redes. Concluyen los autores que ha habido una evolución en la región, desde la contestación de la validez de la norma a su aplicación, aunque supeditada al soberanismo, que se traduce en algunos casos en inacción. Pero también que, en un contexto político no favorable a la norma, las mujeres organizadas prefieren la ausencia de una convención específica sobre la violencia contra las mujeres, lo que permite la adaptación local de las normas internacionales.

Para terminar la segunda parte, el capítulo de Tutku Ayhan se centra en la retirada de Turquía de la Convención de Estambul, 10 años después de ser el primer país en firmarla. La autora presenta la decisión como el resultado de una combinación compleja de dinámicas. Durante los primeros mandatos del actual presidente (2002-2011), en el contexto de las negociaciones para el ingreso en la UE se dieron pasos positivos como la firma de la Convención o la adopción de una ley sobre la violencia contra las mujeres, a pesar de que el discurso político era contrario a la igualdad de género. Pero la autora atribuye la retirada en 2021 más bien a motivos de política interna orientados a ampliar la base electoral con grupos conservadores y religiosos, en especial desde 2016. El artículo comienza con una breve presentación del contexto nacional y regional relacionado con la Convención y la ratificación de Turquía, destacando la vinculación de la Convención con la voluntad de ingreso en la UE y su combinación con la oposición a la igualdad de género, e identificando la forma de impugnación de Turquía

con la ausencia de actividad en todas sus estructuras. Un segundo apartado profundiza en la aceptación de las normas de igualdad de género durante los dos primeros mandatos del partido del gobierno, examinando su política de género. A continuación, aborda la etapa posterior a 2011, caracterizada por un giro autoritario, y examina en detalle la impugnación en torno a la igualdad de género durante este período, con el apoyo de organizaciones de mujeres afines al partido gobernante. En el cuarto apartado se trata la decisión de retirarse de la Convención, analizando cómo el contexto nacional y las alianzas que se gestaron contra el acuerdo, empujó hacia un rechazo estratégico de las normas, incluso con la oposición de organizaciones de mujeres afines al gobierno. La sección final afirma el impacto de los contextos regional e internacional en el rechazo de las normas de derechos de las mujeres, con una movilización dentro y fuera de la UE para erosionar sus derechos, que se ha visto beneficiada de la tendencia actual de populismo de derecha, nacionalismo, autoritarismo y conservadurismo en el plano internacional.

La obra finaliza con un capítulo de conclusiones y aportaciones firmado conjuntamente por las directoras, Esther Barbé Izuel y Magdalena M. Martín Martínez. En él se exponen, en primer lugar, las conclusiones que se derivan del conjunto de la obra, articuladas en torno a los conceptos de fragmentación, contestación y politización; en segundo lugar, sus principales aportaciones que pueden abrir nuevas líneas de investigación; y, por último, algunas consideraciones en clave jurídica sobre la evolución del régimen internacional de erradicación de la violencia contra las mujeres.

En definitiva, como he tratado de mostrar, se trata de una obra bien proyectada, bien construida y con una gran riqueza de contenidos, de la mano de un selecto elenco de especialistas, bajo la atinada y exigente dirección de las profesoras Barbé Izuel y Martín Martínez.

Antoni Pigrau Solé
Universitat Rovira i Virgili

BELINTXON MARTÍN, U., *Nuevas realidades normativas y retos actuales del derecho del transporte internacional por carretera*, Aranzadi, Madrid, 2024, 166 pp.

La obra que presentamos constituye, por su riguroso y serio trabajo, un avance del conocimiento del derecho del transporte internacional por carretera. Y ello porque la elección de las cuestiones que el autor ha escogido traernos obedece al profundo conocimiento que tiene de esta materia, plasmándose en la revisión de un abanico normativo diverso, pero muy pertinente, así como de aquella jurisprudencia del TJUE y de derecho nacional y comparado, que ajustan una interpretación más que necesaria de las cuestiones a las que el sector debe hacer frente hoy en día.

Abordando escogidos aspectos particulares del transporte terrestre por su actualidad y relevancia no solo contribuye al avance en el conocimiento y difusión de este sector tan especializado, sino que pone de relieve a lo largo de toda la obra la tensión en la que este sector vive y trata de adaptarse a una realidad que se percibe en su contra. Aun siendo el transporte internacional por carretera un eje vertebrador del desarrollo económico del territorio que permite materializar la cohesión social del mismo, las trabas y dificultades que plantean las cuestiones transversales a las que el autor da respuesta a través de los seis capítulos en los que se articula esta obra, muestran la nula atención y cuidado que recibe por parte del legislador europeo el transporte terrestre por carretera, tanto antes como en la actualidad.

La obra como hemos apuntado se divide en 6 capítulos, dedicándose el primero de ellos a hacer una reflexión, imprescindible, sobre la propia evolución que el derecho del transporte internacional ha sufrido en el seno de la Unión Europea, teniendo en cuenta cómo, motivada por las actitudes de algunos miembros de la Unión, la más que necesaria consolidación de la política de transportes común se está viendo socavada en todo momento. Muestra de estas actitudes tan perniciosas han sido los paquetes de transporte y movilidad que, lejos de incentivar el desarrollo del transporte auguran el fracaso de la política común de transportes al potenciar el fraccionamiento y las desigualdades en el seno europeo alejándolo del necesario proceso de liberalización que urge afrontar. Acertadamente señala el autor que la propia calificación de los tipos de transporte ejecutables en territorio europeo común (cabotaje, nacional e internacional) solo abunda en su distorsión y diferenciación, perpetuando una Europa a dos velocidades. La normativa europea aplicable a los transportes terrestres, lejos de armonizarse, está levantando dos bandos y un mercado inaccesible por falta de libertad y que enfrenta innecesariamente a unos Estados con otros. Y frente a ello, o para frenar justamente este bloqueo o lucha de bando, desliza el autor una idea, que se mantiene a lo largo del trabajo, de fomentar los Estados Unidos de Europa. Finaliza este primer capítulo justificando el autor la función actual del Derecho internacional privado proponiendo un valiente paso adelante para reclamar la especialización del Derecho del transporte internacional.

Si interesante es iniciar el libro con estas sugerentes reflexiones, no lo son menos los siguientes capítulos por cuanto plantean cuestiones concretas muy vinculadas a la realidad actual. Así, se aborda en el capítulo dos cómo afronta el sector del transporte por carretera la protección de los derechos humanos en su vertiente socio-laboral, para abordar en el resto de los capítulos aspectos relativos a la jurisdicción y el arbitraje revisando para ello el art. 33 CMR

y la peculiaridad que representan en España las Juntas Arbitrales de Transporte (capítulo 3), el cabotaje y la proyección que el Reglamento 2020/1055, tanto sobre los propios Estados miembros como con su relación con el Reino Unido (capítulos 4 y 5), acabando la obra con una reflexión, que incluye su visión argumentada en torno a la polémica cuestión de la aplicabilidad de la acción directa por impago a los transportes por carretera (capítulo 6) con la que se concluye esta revisión de las más actuales cuestiones a las que se enfrenta el transporte internacional por carretera.

El capítulo dos como habíamos anunciado plantea una interesante reflexión vinculada a los derechos humanos y a la dignidad de los trabajadores, apuntando para ello los tiempos de descanso y de conducción de los transportistas. En este sentido y si bien en el Derecho de la UE se regulaba y permitía realizar los tiempos de descanso en el propio vehículo siempre que se contara con equipos apropiados para ello, algunos Estados miembros han mantenido regulaciones nacionales diametralmente opuestas. Las razones que subyacen a esta contradicción normativa de algunos Estados como Francia, que no solo no lo permiten, sino que castigan estas prácticas con multa y cárcel al considerar que el descanso de los transportistas en los vehículos supone *condiciones de trabajo contrarias a la dignidad humana*, obedece, como pone de relieve el autor, a un posicionamiento que se viene observando entre algunos Estados centrales de la Unión. Tanto es así que el Reglamento 2020/1054, cuyos últimos artículos entrarán en vigor el 31 de diciembre de 2024, tenía como finalidad atajar las deficiencias y las interpretaciones divergentes de los Estados miembros sobre las normas sociales en el sector del transporte terrestre; aunque como también señala acertadamente el autor, tales divergencias vienen de la mano de Francia y Alemania, a los que se han unido España, Italia y Países Bajos con intereses en todos los casos alejados realmente de las mejoras socio-laborales. Apunta abiertamente el autor, no sin cierta razón que, justificándose en esta mejora de las condiciones laborales, las autoridades europeas están trasladando a las empresas transportistas todo un listado de requisitos y exigencias sociales y medioambientales que van a provocar el éxodo del transporte terrestre por carretera hacia el ferrocarril, que a la par está recibiendo un trato económico y normativo sin igual.

El tercer capítulo arranca recordándonos la importancia de la autonomía de la voluntad, particularmente en lo referente a la elección de jurisdicción en el concreto ámbito del transporte internacional, realizando en su primer apartado una magnífica y sucinta síntesis del Convenio relativo al Contrato de Transporte Internacional de Mercancías por Carretera (CMR) aplicable a este tema. Desde ahí el autor presta atención a 2 situaciones concretas: la posibilidad que se abre a través del art.33 CMR de la elección de resolver las controversias a través de la elección de un tribunal arbitral, y el alcance de la aplicación subsidiaria del RBI bis en los contratos de transporte de viajeros por carretera. Sobre la primera de las cuestiones, y a raíz de un pronunciamiento del TSJ de Cataluña expone muy acertadamente el autor las dificultades prácticas de articular una interpretación del juego de la autonomía de la voluntad a la hora de escoger someter la resolución a un arbitraje pivotando no sobre el propio CMR sino sobre el factor temporal del propio acuerdo, sin olvidar que lo realmente importante en el análisis del art. 33 CMR es proponer una lectura mucho más consonante con criterios de atribución más permisivos para las partes, de modo que pudiera incluso defenderse la calificada como previsión tácita. El llamado con el que finaliza el apartado solicitando que el sistema competencial del

CMR evolucione hacia criterios de mayor autonomía de la voluntad merece una especial reflexión por lo que tiene de alcance para la materia y nos muestra la capacidad del autor no solo de seleccionar los aspectos más controvertidos sino los que realmente pueden hacer avanzar la especialización del sector. Tras una rigurosa y actualizadora puesta al día de la normativa de las Juntas Arbitrales de transporte se aborda en el final de este tercer capítulo la aplicación subsidiaria del Reglamento 1215/2012 (RBI bis) al hilo jurisprudencial del TJUE, de modo que haciendo uso de las resoluciones recaídas en los últimos años puede inferirse cuándo y bajo qué circunstancias ante una controversia en materia de transporte internacional por carretera podrá obtenerse competencia judicial al amparo del RBI bis.

Los capítulos 4 y 5 plantean las dificultades que los transportes de cabotaje por carretera enfrentan tanto en el seno de la UE (capítulo 5), como entre la UE y el Reino Unido tras el Brexit. El hilo argumental del capítulo inicial sobre la falta de libertad en la prestación de los servicios que se predica sobre los transportes impacta plenamente en estos dos capítulos, puesto que como apunta el autor, las modificaciones normativas que cristalizan en el Reglamento 2020/1055 no hacen sino incorporar mayores restricciones y condicionantes limitativos para la ejecución de los servicios de cabotaje por parte de transportistas establecidos en la UE pero no en el Estado de acogida del servicio a prestar. Pero el alcance de este Reglamento 2020/1055 se proyecta sobre infinidad de detalles sobre el que el autor nos hace parar para señalar, juntando los puntos, un dibujo de asimetría y planificada destrucción del sector. Con modificaciones como la que se predica sobre el antiguo art.7 las empresas de transporte quedan sometidas a un régimen mucho más constreñido y exhaustivo que el resto de las actividades económicas con una clara vocación de no liberalizar el sector del transporte. Esto se apuntala con la modificación que el Reglamento lleva a cabo sobre los reglamentos de transportes de mercancías y personas viajeras (1072 y 1073 respectivamente), de modo que el enfrentamiento entre los bloques de países en el seno de la UE se ha visto recrudecido y acrecentado sumergiendo el territorio europeo a una dicotomía de primera y segunda categoría muy alejadas del espíritu que llevó a crear la UE y sobre todo en un siglo XXI que como muy bien señala debiera estar guiado por el imperio de la ley y los derechos humanos. El autor pincela con la revisión de estas y otras normas cómo de una manera sutil pero progresiva se está dejando morir cuando no matando al transporte por carretera.

La obra termina con una reflexión que si bien se materializa sobre el tema de la acción directa por el impago de portes no hace sino profundizar en cuestiones y problemas reales y prácticos a los que se enfrenta el transporte por carretera tanto dentro de España como en nuestros vecinos, sacando a la luz muchas de las dificultades que en capítulos anteriores ya se habían apuntado: el tema de la triple calificación de los servicios de transporte ejecutales en territorio europeo, los intereses de Estados como Francia o Alemania, o incluso España que topan con los intereses del otro bloque de países y que lastran la liberalización del mercado de transportes por carretera, o la consideración de leyes de policía a las acciones directas.

Con un elegante manejo de conceptos tanto del derecho internacional privado como del especializado derecho del transporte internacional, el autor nos lleva de la mano en este capítulo final como en el resto de la obra a quienes quieren aproximarse a una realidad y un sector de enorme interés tanto social, económico como jurídico alejándose de meros análisis de preceptos para apostar por la profundidad que da el exhaustivo conocimiento de una materia que

exige una especialización que el autor demuestra al aportar comentarios críticos y constructivos, ideas y propuestas que sin lugar a dudas enriquecen un estudio que sobre todas las demás características es actual.

En definitiva, esta obra aporta una serie de elementos esenciales a todos aquellos que quieran tener una visión actual, práctica y rigurosa de la situación actual del transporte terrestre internacional por carretera, siendo por ello de innegable ayuda para el operador jurídico que cada día ha de hacer frente a los numerosos litigios que surgen en un sector tan complejo, pero apasionante, como es el del transporte internacional.

Lorena Sales Pallarés
Universidad de Castilla-La Mancha

BENEYTO, J.M. y JIMÉNEZ PIERNAS, C. (Dirs.) y GALIMBERTI DÍAZ-FAES, S. (Coord.), *Derecho de los tratados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023. 675 pp.

Ve la luz el segundo tomo del magno Tratado de Derecho Internacional Público emprendido por José María Beneyto y Carlos Jiménez Piernas. En esta ocasión, no figuran los directores como autores de la nueva entrega, cosa que sí pasaba en el primer volumen, “Concepto y fuentes”. Otra novedad es que se incorpora la figura de una coordinadora, que tampoco aparece como autora, labor esta de coordinación que resulta muy oportuna en una obra tan oceánica y con múltiples autores, y, por tanto, con tendencia a la dispersión. En el bienvenido prólogo, los editores defienden la libertad que otorgan a los autores, sin aproximaciones dogmáticas preconcebidas, en el marco de un proyecto editorial “abierto, inclusivo, no sectario”. El problema radica, precisamente, en la dificultad de compatibilizar esta suerte de *laissez-faire* con una estructura de capítulos coherente. En cuanto a la relación entre los distintos volúmenes, los directores aclaran que la aspiración es que cada uno de ellos tenga autonomía propia y se pueda leer como una obra independiente. Esta circunstancia se ve, desde luego, acentuada por el hecho de que no repite ni uno solo de los autores del primer volumen en el segundo. Con esta línea de actuación, hay que pensar en que el conjunto de la enciclopedia dará una visión verdaderamente amplia y plural de la doctrina hispana.

Sobre el “Concepto y fuentes”, sus méritos y sus faltas a mi juicio, ya tuve ocasión de manifestarme en una recensión anterior (*Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Vol. 44, 2022). La tarea de crítico, claro, es mucho más sencilla que la de autor o director de un libro; pero no debe consistir el género de la recensión en una sucesión de ditirambos. Tal cosa sería menospreciar, más que ensalzar, una obra tan ambiciosa como esta.

Con motivo de la publicación de este “Derecho de los tratados”, los coordinadores hacen otros anuncios y aclaraciones pertinentes sobre el sentido de esta labor enciclopédica, verdaderamente inédita y relevante para la literatura iusinternacionalista en castellano. Así, se anuncia que está próxima a aparecer una tercera obra de la saga, dedicada a las relaciones entre el Derecho internacional y el derecho interno, que tendrá un mayor acento iberoamericano, en correspondencia con la vocación de esta empresa de aglutinar y promocionar la doctrina en nuestra lengua, también del otro lado del Atlántico.

Huelga enfatizar la importancia del tratamiento específico y pormenorizado del derecho de los tratados en una obra de Derecho internacional. Se trata, aun sin jerarquías formales, de la forma más frecuente y tangible de creación del Derecho internacional, fuente de otras fuentes internacionales y base de estudio ineludible en numerosas ocasiones para los expertos en derecho interno (comenzando por los propios constitucionalistas). Llama la atención, y la preocupación, en nuestro tiempo la proliferación de acuerdos internacionales no encuadrables en la categoría de tratados internacionales que vienen a alimentar el deterioro de la seguridad y la publicidad jurídicas, así como del correspondiente control parlamentario y judicial: una manifestación más de la degradación, interna e internacional, que sufrimos del “rule of law” y del crecimiento correlativo del *soft law*. La doctrina española contaba ya, desde luego, con obras superlativas al respecto, como la de Remiro Brotons en 1987 o la dirigida en 2015 por Paz Andrés, Javier Díez-Hochleitner y José Martín Pérez de Nanclares a propósito de la ley

española sobre tratados y otros acuerdos internacionales. Sin embargo, es muy bienvenida esta obra sistemática y actualizada. Se entiende, pues, que los tratados no fueran tratados en el volumen I de este tratado –valga la doble redundancia–, dedicado a otras fuentes. En este volumen II hay un capítulo dedicado a glosar la interacción de los tratados con la costumbre (capítulo 3, hecho por Paz Andrés, nombre mayor en nuestra disciplina), con origen en la Sentencia de la Plataforma continental del Mar del Norte y llegada en los estudios de la Comisión de Derecho Internacional sobre las “fuentes enredadas”; y hay otro capítulo consagrado a la interacción del tratado con el fenómeno de la organización internacional, con el principio de la buena fe como hilo conductor (Francisco Pascual-Vives, capítulo 11 y último). Tengo para mí que este autor, si no está acreditado ya como catedrático, debería estarlo muy pronto, en función de sus abundantes y cualificados méritos.

La obra se inicia con un muy documentado estudio de Esperanza Orihuela sobre la codificación del derecho de los tratados, con particular mención, lógicamente, a la plasmada en las convenciones de 1969 y 1986, pero con atención prestada asimismo a la atinente a la sucesión de Estados en esta materia y a las que están en agraz en la Comisión de Derecho Internacional: las reservas, la aplicación provisional, la sucesión de Estados sobre la misma materia (estos tres temas, abordados en capítulos ulteriores), la incidencia de los conflictos armados y la cláusula de la nación más favorecida.

A este capítulo introductorio le sigue otro dedicado al concepto de tratado internacional (“la tensión entre formalismo y flexibilidad”), firmado por Pascual-Vives, de verdadera originalidad y entidad científica, aunque no tanto propedéutica. Es esta una nota característica y común a los distintos trabajos: el valor investigador e innovador está por encima del valor didáctico. Muchos, casi todos ellos, constituyen estudios de enjundia en sí mismos, no ya como mera contribución a una obra mayor. Quiero decir, pues, que no solo cada volumen de esta enciclopedia puede leerse por separado, sino también cada capítulo.

La celebración de tratados es objeto del capítulo 4, y lleva la firma acreditada de Araceli Mangas. La contribución está particularmente centrada en el derecho español y contiene varias críticas a la precitada Ley de 2014 sobre Tratados y otros acuerdos internacionales. El estudio no entra a considerar, en correspondencia con su título, la fase descendente de los acuerdos internacionales, en el bien entendido de que la ejecución será materia del volumen III.

Bien es cierto que la aplicación de los tratados, su ciclo normativo en el orden internacional, sí es, naturalmente, objeto de examen en otros capítulos. Es el caso del número 5 (la entrada en vigor de los tratados y sus efectos), obra de la –acreditada– catedrática Carmen Martínez Capdevila. Esos efectos abarcan el ámbito subjetivo, geográfico y temporal.

En realidad, el capítulo 6, firmado por el flamante juez de la Corte Internacional de Justicia Juan Manuel Gómez Robledo y centrado en los trabajos de la CDI, también atañe a un aspecto sustancial del efecto temporal de los tratados: su aplicación provisional.

Igualmente, el ciclo vital de los tratados, su devenir, es objeto del capítulo 9, relativo a la enmienda y la modificación, con especial acento e interés en la práctica española y, en menor medida, de la UE. Su autor es Antonio Pastor Palomar, que hace doblete con el capítulo 7, de-

dicado a las reservas y otras declaraciones unilaterales, también con un tratamiento particularizado y concienzudo de la aplicación de la ley española de 2014. De casta le viene al galgo...

También encierra connotaciones temporales el capítulo 10 –“la rescisión de los tratados en el sistema interamericano”–, con un análisis de la nulidad, la terminación y la suspensión de los tratados. Su autor, Luis Humberto Toro Utillano, es Asesor Jurídico Principal del Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA.

Este repaso de contribuciones se cierra con el capítulo 8, escrito por Soledad Torrecuadrada, y centrado en otro aspecto correspondiente a la ejecución de los tratados: la interpretación de los tratados internacionales. Se trata de un solvente estudio dotado de un importante acompañamiento doctrinal.

En fin, nos encontramos con una pléyade de temas interesantes analizados por muy cualificados autores, la mayoría españoles; dos son hispanoamericanos, como corresponde a un Tratado de Derecho internacional que tiene entre sus aspiraciones potenciar y visibilizar la doctrina y la práctica iberoamericanas. Eso sí, los distintos capítulos son diversos en cuanto a extensión, fuentes manejadas (más o menos doctrinales o documentales, más o menos teóricas o prácticas, más o menos generalistas o enfocadas en el derecho español o iberoamericano...). Pero los directores ya advierten de la libertad de enfoques dada a los autores. El resultado es sumamente enriquecedor desde la perspectiva de cada capítulo, aunque la sistemática y el conjunto se resientan algo.

Javier Roldán Barbero
Universidad de Granada

Blázquez Rodríguez, I., *La persona física y su estatuto: nuevas perspectivas en la interacción entre el Derecho internacional privado y la libre movilidad intra-UE*, Dykinson, Madrid, 2024, 248 pp.

Estamos ante una obra monográfica de extraordinario interés en el momento actual, al abordar un tema que requiere la realización de estudios que analicen la interrelación entre la libertad de circulación de personas y, en general, el estatuto de la ciudadanía europea, y el Derecho internacional privado (en adelante, DIPr), así como la construcción y conformación del nuevo sistema europeo de DIPr. Sin duda, son múltiples los cambios que han tenido lugar en estos últimos años desde que se llevó a cabo la conocida comunitarización del ámbito de la cooperación judicial civil transfronteriza, que van más allá de la mera relevancia que han adquirido las normas de origen europeo desde una perspectiva formal, esto es, como fuente material del DIPr.

Esta obra da cuenta de estas modificaciones, que son de calado, en orden a desentrañar la nueva realidad a la que asistimos los académicos y prácticos que se ocupan del DIPr desde que tuvo lugar el citado proceso de comunitarización tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam (en adelante, TA). Y, en concreto, entre otras cuestiones, se refiere a la influencia recíproca entre el DIPr y el Derecho de la Unión Europea (en adelante, UE) (p. 93) o, dicho de otro modo, a su interconexión y condicionamiento mutuo en tanto que disciplinas llamadas a entenderse en el proceso de integración (p. 16), de un lado.

Y, de otro, a la portabilidad del estatuto personal como realidad en construcción (pp. 215-222) y manifestación de la evolución que presenta a día de hoy la comprensión de la libertad de circulación de personas (libre movilidad) como parte esencial del estatuto fundamental del ciudadano de la UE (p. 16). En concreto, la Comisión se refiere a los “*ciudadanos móviles de la UE*” y a la necesidad de facilitar la vida de estas personas en el interior de la UE, esto es, en sus relaciones transfronterizas (Informe sobre la ciudadanía de la UE de 2020. “La capacitación de los ciudadanos y la protección de sus derechos”, de 15 de diciembre de 2020, publicado en COM/2020/730 final, p. 13, entre otras).

En definitiva, nos encontramos –a juicio de la autora de esta monografía– en un estadio de la construcción europea en el que, junto con la libre circulación, existe un creciente interés por la protección de los derechos fundamentales (p. 15) y, por ende, cada vez es más importante la protección de la identidad transfronteriza del ciudadano de la UE (p. 17), que requiere superar la tradicional noción de nacionalidad estatal, entendida como vínculo exclusivo y único (p. 17).

Son éstos los aspectos que se encuentran presentes en toda la obra como importantes aportaciones, que constituyen, al mismo tiempo, el hilo conductor por el que avanzan cada uno de los cuatro capítulos en los que se divide. En concreto, el Capítulo primero se ocupa de la libertad de circulación de personas en la Unión Europea: una aproximación a su noción y alcance en clave *ius privatista*; el Capítulo segundo trata acerca de la persona física y movilidad transfronteriza: la necesaria interrelación entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho internacional privado; el Capítulo tercero versa sobre la ciudadanía de la UE: de estatuto

fundamental a su articulación con la nacionalidad estatal; y el Capítulo cuarto se ocupa del estatuto personal y su continuidad en el espacio europeo.

En el Capítulo primero se destaca que la idea de la libre circulación de personas ha trascendido el mero hecho del cruce de una frontera física o el derecho de hacerse acompañar por los miembros de la familia, en la medida en que consiste en el momento actual en la posibilidad de reconocer en un Estado parte de la UE una determinada identidad o relaciones personales nacidas al amparo de un concreto Derecho nacional de otro (p. 22). Se cita como ejemplo reciente, entre otros, el asunto Pancharevo (STJUE, de 14 de diciembre de 2021), centrado en el reconocimiento de la filiación resultante del certificado de nacimiento expedido por un Estado parte.

Y ello porque la puesta en marcha del derecho a la libre movilidad no puede abstraerse totalmente de los derechos subjetivos nacionales, sino que, por el contrario, en palabras de la autora de esta obra, no es aventurado afirmar la concretización de un catálogo de derechos subjetivos en dimensión europea (p. 26). En definitiva, la libertad de circulación y residencia se conforma como un “derecho jurídico complejo”, que lleva consigo un cúmulo de derechos que afectan a lo público y a lo privado (p. 31), de un lado y, de otro, es un principio esencial de la UE (p. 34) en la actualidad. En concreto, en el nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia (en adelante, ELSJ), en el que junto con la eliminación de los controles fronterizos pueden implementarse medidas complementarias en el ámbito de la cooperación judicial civil transfronteriza (en particular) (p. 36).

Así, se aboga por la “redefinición” de un estatuto personal del ciudadano en el espacio europeo (p. 45), para lograr una ciudadanía efectiva, esto es, el reconocimiento de un mismo régimen al conjunto de ciudadanos de la UE que hacen uso de su libertad para circular (p. 44). Se trataría de los derechos de tercera o última generación (derechos europeos 3.0), entendida ésta, no tanto por las materias que alcanzan, sino por su marcada vocación europea (p. 64). Estos derechos incluyen otras cuestiones esenciales de todo individuo, como puede ser su identidad personal o familiar o su integración en su lugar de vida o trabajo (p. 64).

A continuación, se traza la evolución del tratamiento o comprensión de la libertad de circulación, que ya trasciende no sólo el factor económico sino también la conexión nacional, permitiendo hacia un *status* propiamente europeo (p. 51), que parece sobrepasar al mero hecho del cruce de fronteras (p. 54). Ejemplo paradigmático es el celeberrimo asunto García Avello, en el que la noción de desplazamiento es meramente potencial (STJUE, de 2 de octubre de 2003).

En definitiva, se propone una relectura o flexibilización de la exigencia del elemento transfronterizo bajo la óptica del elemento extranjero del DIPr. Esto es, si la presencia del elemento extranjero tiñe de internacional una situación estrictamente interna, al provocar la vinculación de ésta con dos o más Estados, del mismo modo, la conexión de un supuesto con otro Estado miembro debería de atraerlo bajo el Derecho de la UE, en la línea abierta por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), entre otros, en el citado asunto García Avello (p. 56).

Por último, se aborda el contexto en el que se desenvuelve la evolución *supra* indicada que ha experimentado la libertad de circulación, constituido por la creación del actual ELSJ, que

supera la idea de mercado interior (pp. 65 y ss.). De acuerdo con los documentos elaborados por la UE a partir de la adopción del Tratado de Ámsterdam, esta tríada tiene como denominador común a la persona y a sus derechos como tal (dignidad). A su vez, la cooperación judicial civil adquiere autonomía funcional y el principio del reconocimiento mutuo también presenta un nuevo alcance y protagonismo en orden a la protección de los derechos de la persona (p. 70).

El Capítulo segundo se centra en la necesaria interrelación entre el Derecho de la UE y el DIPr, en particular, en una de las cuestiones que presenta más interés en el momento actual: la persona física y su estatuto en situaciones transfronterizas (p. 79). A juicio de la autora, si bien ambas disciplinas se encargan de situaciones que están relacionadas con distintos Estados y que tienen una naturaleza transfronteriza (p. 84), responden a expectativas distintas (pp. 101 y ss). Por otro lado, el buen funcionamiento del ELSJ no precisa tanto de un Derecho material común, sino que aspira a un cuadro de soluciones adaptadas a una transnacionalidad con tintes propios (p. 92).

Y, en este contexto, analiza de forma detenida el reconocimiento mutuo (pp. 94 y ss), entrando en el debate acerca de si es un instrumento original en la implementación de las libertades comunitarias o un método *ius privatista* tomado para importar actos y valores jurídicos de otro Estado (p. 94). A continuación, aborda los obstáculos jurídico-privados a la movilidad transfronteriza (pp. 101 y ss.), que se identifican, en particular, en una falta de reconocimiento de la identidad personal y jurídica de un sujeto.

Por último, en este capítulo se trata la interconexión entre la libre circulación y los derechos fundamentales (en particular, su protección y promoción en el espacio que conforma la UE), considerando que la primera tiene la consideración de libertad fundamental del sistema jurídico de la UE (p. 108), de un lado y, de otro, de herramienta básica de reconocimiento de derechos de la persona (p. 109). Por tanto, al considerarla un derecho fundamental incorpora otras prerrogativas inherentes para su ejercicio, entre las que se incluyen algunas del ámbito personal y familiar.

El Capítulo tercero se dedica al análisis de la ciudadanía europea como pieza angular del espacio integrado europeo (ELSJ) y su articulación con la nacionalidad estatal (p. 119 y ss). En todo caso, la primera constituye el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE y la consecuencia inmediata de esta afirmación es que les confiere un estatuto común, pasando a ser parte de un orden jurídico supranacional autónomo (p. 130). Además, dicho sistema no está integrado exclusivamente –a juicio de la autora de esta monografía– por prerrogativas cuyo sustrato es económico, sino que se avanza también en relación con el estado civil, reconociendo y precisando los contornos del estatuto personal del ciudadano de la UE que circula en el actual ELSJ (p. 130).

A continuación, se exponen y explican los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), en los que se considera que “*si bien es cierto que la nacionalidad de un Estado miembro condiciona el acceso a la ciudadanía de la UE, también es cierto que el conjunto de derechos y obligaciones inherentes a esta última no puede ser limitado de manera injustificada por la primera*” (p. 131). Tales pronunciamientos han provocado

—se señala— una afectación entre la ciudadanía de la Unión y la nacionalidad en varios niveles (pp. 132 y ss). Se afirma que se asiste a una formación paulatina de una noción propiamente comunitaria del vínculo de la nacionalidad, que cuestiona sus caracteres clásicos y que necesariamente los redefine (pp. 137 y ss).

Se considera que también la doble nacionalidad ha sido redefinida en el actual ELSJ (pp. 144 y ss.), pudiendo citarse como ejemplo, entre otros, el asunto Hadadi (C 168/08), resuelto por el TJUE en Sentencia de 16 de julio de 2019, sobre la determinación de la competencia internacional en situaciones comprendidas en el ámbito de aplicación del Reglamento 2201/2003 (DO Serie L 338, de 23 de diciembre de 2003) (p. 148). Básicamente, se considera que la principal consecuencia que puede extraerse de esta jurisprudencia es que ambas nacionalidades son consideradas en pie de igualdad, abandonando así el tradicional criterio de la “nacionalidad efectiva” cuando convergen dos nacionalidades de distintos Estados parte (p. 151). Por último, se aborda la difícil compatibilidad de la renuncia a la nacionalidad con el *status civitatis* europeo (pp. 152 y ss).

Para terminar, el Capítulo cuarto se centra en la continuidad del estatuto personal en el espacio europeo como reto del DIPr; esto es, la búsqueda de métodos que garanticen la permanencia transnacional de un estatuto personal que cambia, adaptándose a la identidad y realidad familiar de la persona a lo largo de su existencia (p. 167). Se considera un avance notorio en dicho sentido la propuesta de Reglamento relativo a la competencia, al Derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo (COM/2022/695 final, de 7 de diciembre de 2022) (p. 169).

Sin duda, se encuentran en esta sede los análisis más arriesgados, en la medida en que se trata de hacer un esbozo de todos los elementos que confluyen hacia la afirmación de la existencia de una identidad personal transfronteriza en el espacio europeo en el momento actual. En concreto, se expone de forma pormenorizada el funcionamiento del método europeo de reconocimiento (pp. 177 y ss) y se analiza de forma detenida las funciones del reconocimiento mutuo como elemento, principio o vector garante de la libre movilidad de las personas, elevada ya a derecho fundamental del ciudadano (pp. 185 y ss).

En todo caso, se considera que es preciso reconocer tres aspectos que coadyuvan hacia un creciente reconocimiento del estatuto personal en el seno de la UE. En primer lugar, el hecho de que el ciudadano de la UE se haya convertido en el centro del ELSJ, que aspira a llegar a ser un espacio único de protección de los derechos y libertades fundamentales (p. 193). En segundo extremo, la exigencia de eliminación de cualquier traba a la libre circulación de personas, incluidas las que derivan del Derecho privado. Y, en tercer término, el impulso dado a la ciudadanía de la UE en tanto que *status* fundamental de los nacionales de los Estados miembros, que en su desplazamiento intra-UE tienen derecho a no sufrir discriminación alguna por razón de su nacionalidad, sexo u orientación sexual (p. 194).

Por último, tras el análisis de un significativo número de decisiones del TJUE, de enorme interés desde el punto de vista de la cuestión que se plantea la autora de esta obra (pp. 195-214), responde de forma directa a ella, al afirmar que la “portabilidad del estatuto personal” en el espacio europeo es una realidad en construcción en el momento actual (pp. 215 y ss).

A modo de conclusión, deben destacarse dos méritos principales de esta obra monográfica. En primer lugar, el hecho de poner de relieve la importancia que presenta la creación del ELSJ en la UE, como elemento aglutinador de todas las políticas públicas europeas en el momento actual y que, por ello, más allá de constituir una trilogía de expresiones más o menos emblemáticas, adquiere un significado digno de ser analizado y que se concreta en torno a la figura del ciudadano. Y, en segundo extremo, el especial hincapié que se realiza en el estatuto personal y la innegable necesidad de que sea transfronterizo en el espacio europeo, en el que ha de ser garantizada la libre circulación y salvaguardados los derechos de la persona.

Gloria Esteban de la Rosa
Universidad de Jaén

CAMPUZANO DÍAZ, B. (Dir.), *Derecho de familia internacional en un contexto de creciente migración: cuestiones vinculadas con el Reglamento 2019/1111*, Aranzadi, Pamplona, 2024, 460 pp.

Como resultado del Proyecto I+D+i “Matrimonio y otros modelos familiares: crisis y protección de menores en un contexto de creciente migración”, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, se presenta este libro que dirige Beatriz Campuzano Díaz y publica Aranzadi. Con él, el equipo investigador quiere ir más allá del completo tratamiento que ya hizo en 2022 del Reglamento Bruselas II ter: *Estudio del Reglamento (UE) 2019/1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*.

El objetivo principal de la obra es contribuir al conocimiento ciertas cuestiones de aplicación del Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores, poniendo como eje del análisis el Derecho de familia internacional en un contexto de creciente migración. Beatriz Campuzano ordena en seis partes los textos de un equipo de trabajo plural, tanto por el origen de los investigadores (de Polonia, Brasil, Marruecos, Italia y Suiza, además de los españoles) como por la especialidad de sus disciplinas (Derecho Internacional Privado, Derecho Civil, Derecho Procesal, Derecho Internacional Público). Si el proyecto de investigación llevó a un estudio riguroso del Reglamento, en un segundo momento conviene repensar distintas cuestiones que afectan a las familias que de una forma u otra traspasan las fronteras de los Estados. Son estas reflexiones las que nos comparten los autores de la presente obra colectiva.

La diversidad de estructuras familiares se sigue manteniendo en Europa puesto que las instituciones europeas no tienen competencia para la creación de un Derecho de familia material común a los Estados miembros. Los Estados conservan un Derecho propio que se sostiene en concepciones y valores diversos. La consecuencia inmediata de esta diversidad es la tradicional tensión que vive el Derecho Internacional privado entre la heterogeneidad normativa y la continuidad de los vínculos familiares a través de las fronteras y, concretamente, a través de las fronteras europeas que han tenido la pretensión de ser muy permeables. El derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros que corresponde a todo ciudadano de la Unión debe conciliarse con el derecho a que se respete la vida privada y familiar conforme es entendida por el artículo 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión y el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Son los obstáculos que puedan representar para el ejercicio de la libre circulación y residencia del ciudadano europeo los que interesan al Derecho Europeo y son los que se abordan en el capítulo 1 de la obra (“Tratamiento de la diversidad de estructuras familiares en los reglamentos europeos y continuidad del estatuto personal”) por María Ángeles Sánchez Jiménez. El reconocimiento en los demás Estados de relaciones o situaciones válidamente constituidas en un Estado Miembro tiene un carácter funcional y la continuidad del estatuto personal en la Unión Europea debe asegurarse solo a los efectos de la libertad de circulación y residencia pero asumiendo que la diversidad de legislaciones es inevitable. Para llevar a cabo un análisis de la tensión entre la disparidad

normativa y la continuidad de los vínculos familiares en la Unión Europea la autora hace un recorrido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los Reglamentos europeos y la Propuesta de Reglamento sobre filiación. Mirando al futuro termina planteando la posibilidad de continuar la evolución a través de un Reglamento de cooperación reforzada en materia de filiación.

Beatriz Campuzano aborda la situación actual y las perspectivas de futuro de la filiación en el Derecho Internacional Privado de la Unión Europea. Constituyen punto de partida de sus reflexiones la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo y la Propuesta de Reglamento a la que ya se había hecho referencia en el capítulo anterior. La jurisprudencia tiene como marco el método de reconocimiento de situaciones jurídicas, entendido como la aceptación de la situación o relación jurídica válidamente constituida en el país de origen, de manera que genera legítimas expectativas de que será reconocida, con el fin de procurar la permanencia del estado civil de las personas. Los fundamentos del método, al que Lagarde ha dedicado numerosos trabajos, son sintetizados para enmarcar la jurisprudencia del TJUE, especialmente la sentencia Pancharevo de 2021 relativa al reconocimiento de la filiación homoparental.

En la segunda parte de la obra (“Cuestiones vinculadas con las normas de competencia judicial internacional”), el único capítulo que la conforma está centrado en los mecanismos de solución de la litispendencia internacional en materia de responsabilidad parental. Elena Cano Bazaga coloca en paralelo las reglas sobre litispendencia y control de la competencia judicial internacional en el Reglamento 2019/1111 (Bruselas II ter), el Convenio de La Haya de 1996 y la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil (LCJIMC), con el fin de comparar cómo se articulan estos mecanismos, explicar las diferencias existentes entre ellos y señalar al juez español cómo debe actuar cuando se han puesto en marcha dos procesos sobre un mismo asunto entre las mismas partes.

La atención que presta el Reglamento 2019/1111 a la sustracción internacional de menores ha motivado su incorporación al propio título del instrumento normativo. Si el Reglamento Bruselas II bis se refería a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, este Bruselas II ter se dice “relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores”.

En consonancia con esta relevancia, la obra que comentamos aborda cuestiones vinculadas a la sustracción internacional de los menores en los tres capítulos que conforman la tercera parte. Pilar Martín Ríos aborda en el capítulo 4 la articulación procesal en España del derecho del menor a ser oído en los procesos de restitución. El considerando 39 del Reglamento adelanta la importancia de la audiencia al menor: “Tanto los procedimientos en materia de responsabilidad parental en virtud del presente Reglamento como los procedimientos de restitución en virtud del Convenio de La Haya de 1980 deben, como principio fundamental, dar a los menores que sean objeto de los procedimientos y tengan capacidad para formarse su propio juicio, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la posibilidad real y efectiva de expresar su opinión y a la hora de valorar el interés superior del menor,

debe tenerse debidamente en cuenta dicha opinión”. Se concreta el derecho del menor a ser oído en el artículo 21 –norma que extiende su aplicación a los procedimientos de restitución con arreglo al Convenio de La Haya de 1980, como indica el artículo 26–. Nos encontramos ante un derecho, no un deber, que al no ser un medio probatorio no está sometido al principio de contradicción. Aclara Martín Ríos aspectos relevantes sobre el ejercicio del derecho: qué menores gozan del derecho, qué consecuencias tiene la audiencia al menor, en qué momento debe ser oído, cómo debe practicarse la audiencia y el ejercicio del derecho en la mediación.

El capítulo 5 ofrece un análisis del procedimiento de restitución de menores recogido en la Ley de Enjuiciamiento Civil a través de un estudio basado fundamentalmente en la abundante jurisprudencia española sobre la materia. Calzado Llamas se apoya además en el Informe al Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria y en la Circular de la Fiscalía General del Estado 6/2015 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Son examinados distintos aspectos del procedimiento: la competencia judicial interna, la legitimación y postulación tanto del particular como institucional, el carácter urgente y preferente del procedimiento de restitución, atendiendo a las especialidades del juicio verbal de restitución en primera instancia, las especialidades en apelación y en ejecución de las órdenes de restitución, la regla que excluye la prejudicialidad penal, la mediación, la audiencia al menor y las medidas cautelares. Termina el capítulo un interesante análisis sobre la adecuación del procedimiento incorporado en 2015 a la Ley de Enjuiciamiento Civil a las reglas que posteriormente se han establecido en el Reglamento 2019/1111. Considera el autor que en muchos casos la Ley procesal española se anticipa a las novedades del Reglamento y en otros una interpretación sistemática de la Ley y el Reglamento permitiría acogerlas en el procedimiento vigente, aunque no se hayan contemplado expresamente, pero en ciertos aspectos se hace imprescindible la necesidad de la reforma del procedimiento interno de restitución.

La tercera parte del libro termina con un capítulo (el sexto) sobre los problemas que se plantean en el Derecho polaco en torno a las decisiones de retorno de menores a cargo de Monika Wałachowska de la Nicolaus Copernicus University. Polonia introdujo en 2018 una normativa con dos objetivos principales: primero, regular el papel del Ministro de Justicia como autoridad central; segundo, se suponía que las normas acelerarían el retorno de los niños trasladados o retenidos ilícitamente. El examen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo polaco lleva a concluir que, sin duda, los procedimientos y medidas para la restitución de menores pueden valorarse positivamente, pero existen algunos problemas de interpretación sobre determinadas normas y los procedimientos parecen ser demasiado largos. Quizás cuando los jueces se especialicen más en estas cuestiones, los objetivos de la Convención de 1980 y del Reglamento 2019/1111 se alcancen con más éxito en la práctica.

A continuación, dos capítulos conforman la cuarta parte de la obra dedicada a cuestiones vinculadas con la eficacia extraterritorial de resoluciones, documentos públicos y acuerdos: el primero sobre las medidas para facilitar la aplicación en España de las normas sobre reconocimiento y ejecución del Reglamento y el segundo sobre la mediación en los procesos de responsabilidad parental. María Ángeles Rodríguez Vázquez se ocupa de la primera cuestión. Tras su fundada crítica a la pasividad del legislador español que no ha implementado las me-

didadas que exige el Reglamento 2019/1111, Rodríguez Vázquez presenta sus propuestas *de lege ferenda* fundamentadas en las disposiciones finales 21^a, 22^a, 25^a y 26^a de la LEC (que facilitan la aplicación en España de los Reglamentos 805/2004, 2201/2003, 1215/2012 y 650/2012). Propone interpretar en sentido amplio quién se considera parte interesada, considerando incluido al Ministerio Fiscal, para solicitar el reconocimiento. También considera que en la nueva disposición final 22^a deberían incorporarse los notarios como autoridad jurisdiccional puesto que tienen competencia en materia de divorcio y, en consecuencia, deben poder expedir los certificados de las escrituras de divorcio que autoricen, reconociendo que estas escrituras constituyen resoluciones desde el punto de vista del Reglamento. Aborda las reglas sobre reconocimiento de las resoluciones privilegiadas y cómo debe la disposición final adaptarse en lo que se refiere a las certificaciones que debe expedir el juez, las precisiones o aclaraciones que deberían hacerse respecto a las reglas de ejecución, las reglas sobre denegación de la ejecución y las relativas a la eficacia de los documentos públicos y acuerdos, ofreciendo claros elementos a los que el legislador debería prestar atención en esa actualización que no debería retrasarse.

Antonia Durán Ayago, consciente de los beneficios de la mediación en el terreno de las crisis familiares y sobre todo cuando se trata de situaciones familiares con conexiones con distintos ordenamientos, hace en su capítulo un repaso de las novedades que introduce el Reglamento 2019/1111 en relación con la mediación, subrayando el impulso que este instrumento normativo da a los métodos alternativos de resolución de conflictos. Por una parte, el considerando 43 y el artículo 25 se posicionan en esa apertura a la mediación, si bien reconociendo las limitaciones que analiza Durán en el texto. Por otra, el Reglamento dota de eficacia a los acuerdos de mediación incluyendo su regulación en el reconocimiento y ejecución en materia de responsabilidad parental y sustracción internacional de menores. Si bien estas novedades son un avance indudable, advierte acertadamente la autora de que se mantiene la fragmentación del modelo europeo. Limitar la mediación a la responsabilidad parental sin tener en cuenta que en los pactos relacionados con la crisis de pareja pueden integrarse cuestiones sobre alimentos, uso de la vivienda habitual, liquidación del régimen patrimonial, no atiende a la coherencia que reclama la solución de estos conflictos familiares.

Bajo el título “Las relaciones con terceros países”, en la quinta parte de la obra se recogen cuatro capítulos de contenido heterogéneo. Miguel Checa Martínez aborda las consecuencias de la retirada del Reino Unido de la Unión Europea en materia matrimonial y de responsabilidad parental y especialmente la situación de Gibraltar. El brexit ha supuesto la derogación de los instrumentos de Derecho internacional privado, tanto el Reglamento 2201/2003 como del Reglamento 4/2009, sin que haya llegado a entrar en vigor el Reglamento 2019/1111. La cooperación judicial deberá desarrollarse a través de los Convenios de La Haya. Para Gibraltar deberá extenderse el ámbito de aplicación de algunos convenios a su territorio. A diferencia de otros territorios de la Commonwealth, la vinculación histórica, familiar y personal de la población de Gibraltar con la población española que hace frontera va a exigir el desarrollo de respuestas más adecuadas en materia de familia. Salma El Ouazzani y María Dolores Adam Muñoz analizan cuestiones transfronterizas que vinculan el sistema español con el de Marruecos. El capítulo 10 hace referencia al reconocimiento del divorcio marroquí en España. El análisis de la utilización del método comparado lleva a Salma El Ouazzani a concluir que

todas las formas de disolución del matrimonio del Derecho español y del Derecho marroquí tienen como función principal la ruptura del vínculo y la recuperación de la libertad matrimonial. Todas las formas que se analizan tienen las mismas características, están sometidas a control judicial, con acceso al divorcio garantizado para ambos cónyuges y las garantías procesales y financieras aseguradas. María Dolores Adam analiza desde una perspectiva de género las resoluciones sobre filiación y sobre relaciones paternofiliales de las autoridades españolas y su incidencia en el Derecho español y en el Derecho marroquí. En este capítulo 11 se ponen de manifiesto las diferencias entre el sistema español y el marroquí en la regulación de la filiación. Si el ordenamiento español parte de la igualdad de todos los hijos ante la ley, para el ordenamiento de Marruecos la distinción entre filiación legítima e ilegítima tiene consecuencias en el estatuto de los hijos. Surgen relaciones claudicantes, relaciones que para el Derecho español son válidas y eficaces pero que carecen de validez y eficacia en el Derecho de Marruecos. Cierra esta quinta parte del libro el capítulo que Aline Beltrame de Moura y Felipe Leal dedican al papel de las autoridades brasileñas en la lucha contra la sustracción internacional de menores. Brasil se incorporó en el año 1999 al Convenio de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 1980, pero está pendiente aún un pronunciamiento sobre la constitucionalidad del Convenio. El capítulo examina las razones de la objeción al instrumento internacional que fundamentó el recurso y cómo están aplicándose sus normas por los tribunales de Brasil para terminar concluyendo que Brasil viola el Convenio tanto en la aplicación del artículo 12.2 como con la interpretación extensa la excepción del artículo 13. 1 b).

Finalmente, la sexta y última parte del libro incorpora aspectos de Derecho de extranjería y de la protección internacional. De los cinco capítulos que no conforman es el último –capítulo 17– el único que hace referencia a cuestiones vinculadas al Reglamento 2019/1111: “El Derecho Internacional Privado y su incidencia en la protección jurídica de las mujeres víctimas de violencia de género. Especial referencia al Reglamento 2019/1111”. Aunque no contamos en la Unión Europea con un instrumento normativo que aborde de manera integral la violencia contra la mujer, en el capítulo, Juana de los Ángeles Toledo Larrea dibuja el marco jurídico internacional de protección y lo enlaza con el Reglamento 2019/1111, el Convenio de La Haya de 1996 sobre competencia, ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños y la Ley Orgánica 8/2021, de protección integral a la infancia frente a la violencia. Los otros cuatro capítulos se centran en cuestiones jurídicas que se plantean a las familias migrantes y a los niños y niñas separados y no acompañados. El capítulo 13, que elabora Elena López Barba, atiende a las novedades en el Derecho de familia de los extranjeros en España. Los menores refugiados en la Unión Europea y la necesidad de articular su protección en torno a su interés superior, con especial mención de la situación de los menores ucranianos, es el contenido del capítulo 14 redactado por Casilda Rueda Fernández. Otra vertiente abordada en el libro es la reagrupación familiar entendida como un derecho de la infancia migrante no acompañada, a cargo de Lucía Padilla Espinosa. Termina este recorrido a través del contenido con el artículo 16 de Cristina María Zamora-Gómez sobre los menores víctimas de matrimonios forzados, en el que la autora plantea cómo llenar de contenido el interés superior de las niñas que han sido forzadas a contraer matrimonio, entendiendo que la respuesta protectora debe partir de la teoría de la interseccionalidad.

Como queda de manifiesto en este repaso por su contenido estamos ante una obra ambiciosa por la variedad de su contenido y por la amplitud y riqueza que representan sus autores. Efectivamente, como bien han visto los investigadores que participan en ella, el contexto de creciente migración nos llama a repensar y revisar la respuesta del Derecho a las familias. El Reglamento 2019/1111 es referencia obligada en Europa y el libro nos plantea una visión interesante de los problemas y las soluciones que con él se enfrentan. Solo queda recomendar encarecidamente su lectura.

Isabel Lázaro González
Universidad Pontificia de Comillas – ICADE

CARRIZO AGUADO, D., *La empresa familiar y su Protocolo en el tráfico jurídico externo*, Aranzadi, Pamplona, 234 pp.

Las empresas familiares son actores clave en la economía de los países. De hecho, poseen una mayor solidez frente a las compañías no familiares gracias a la calidad de su gobernanza. La monografía del profesor Dr. Carrizo Aguado, que aquí se recensiona, lleva a cabo un análisis completo, sistemático y riguroso de la problemática jurídica que envuelve la empresa familiar en el tráfico jurídico externo. Se trata de un tema que no ha sido estudiado por la doctrina iusprivatista española, lo que la convierte, sin duda, en obra de referencia tanto para estudiosos como para prácticos tanto por su contenido científico y las propuestas novedosas que aporta a nivel doctrinal, como por la extensa, actualizada y nutrida bibliografía doctrinal y jurisprudencial que cita, que sirve de soporte al autor tanto para afirmar sus opiniones, como para evidenciar la situación o la evaluación de cada problemática tratada.

Son varias las razones por las que el trabajo que presentamos debe ser saludado como una aportación destacable en la materia. En primer lugar, se trata de una obra que tiene vocación de abarcar todos los problemas y aristas que enfrentan tales empresas en el tráfico jurídico externo con una visión global e integrada, como la economía matrimonial en el seno del matrimonio empresario, la suscripción de diferentes pactos en el marco societario, así como el reparto del capital empresarial a causa del fallecimiento de alguno de los fundadores o socios mayoritarios. En este análisis cobra especial relevancia la figura jurídica del protocolo familiar, al constituir el instrumento donde se regulan todos aquellos aspectos que facilitan su operatividad en el comercio, tanto en el plano interno como internacional. En segundo lugar, se trata de un estudio en el que se ha hecho un esfuerzo importante para que la reflexión teórica a partir de los materiales legislativos existentes se traduzca en propuestas sugerentes que invitan a la reflexión. En último lugar, su lectura evidencia el dominio tanto del Derecho internacional privado como del Derecho interno. Esto se observa especialmente en las páginas en las que el autor analiza los pactos parasociales en la compleja estructura societaria en las entidades mercantiles familiares (pp. 91-135).

La obra se estructura en seis capítulos, prologada por el Dr. A. Rodríguez Benot y seguida de una muy completa bibliografía, en la que el autor pretende ofrecer una perspectiva completa de la empresa familiar en el ámbito internacional. El Capítulo I se ocupa de encuadrar el objeto de estudio. En él se evidencia, además, el reto al que deben hacer frente la empresa familiar en el ámbito internacional. Por un lado, el mantenimiento del control empresarial en manos del grupo familiar propietario y, por otro, la necesidad de crecer y expandir sus actividades más allá del territorio donde está domiciliada la empresa (pp. 23-25). A continuación, en el segundo capítulo, el autor analiza los diferentes rasgos que ayudan a perfilar el concepto de empresa familiar. El profesor Dr. Carrizo Aguado se aventura en esta tarea de construcción a partir de tres elementos básicos: debe tratarse de una organización empresarial; que sea propiedad de una persona o grupo de personas ligados por lazos de parentesco y, por último, que exista una directa y efectiva dirección a cargo de alguna o algunas de las personas que conforman la familia (pp. 27-33). En el Capítulo tercero el autor evidencia la relevancia que tiene la figura jurídica del protocolo familiar al constituir el medio para conseguir el conjunto de objetivos inherentes a la empresa familiar. Se trata, ciertamente, de un instrumento de

valor jurídico contractual, pero dotado de una eficacia reguladora. De hecho, su contenido debe ser cuidadosamente planificado para no abocar a la indeseada fractura entre la familia y la empresa. Este debe ser adaptado a determinados documentos de carácter civil y societario, tales como las capitulaciones matrimoniales, los estatutos sociales de la compañía, además de las estipulaciones testamentarias (pp. 35-48). El resto del trabajo, que acapara el grueso de la obra, tiene tres objetivos sucesivos: el primero es abordar el estatus jurídico de la economía en la que al menos uno de los miembros es titular de una empresa familiar (Capítulo IV); el segundo –y columna vertebral de la obra–, examinar el desarrollo de los pactos parasociales y su interrelación con los estatutos de la sociedad familiar (Capítulo V); y el tercero, analizar los efectos jurídicos que conlleva la apertura de la sucesión en el marco de la empresa familiar (Capítulo VI).

Quisiera resaltar el análisis que el Dr. Carrizo Aguado realiza del estatuto jurídico de la economía de un matrimonio en el que al menos uno de los miembros es titular de una empresa familiar. A tales efectos, el autor examina la regulación europea y, en concreto, el Reglamento (UE) 2016/1103, de 24 de junio de 2016, aprobado en cooperación reforzada, en el que evidencia el importante papel que, dentro de los límites impuestos por el Derecho de la Unión Europea, adquiere la autonomía de la voluntad conflictual. Para el autor, resulta indudable que el régimen económico matrimonial del cónyuge o cónyuges empresario/s puede afectar de lleno al negocio familiar y, en la medida de lo posible, aquéllos deberían prever su regulación, a fin de que las consecuencias de una posible ruptura afecten lo menos posible a esos negocios familiares. Es crucial, según la atinada consideración del autor, que en la redacción del acuerdo se identifiquen las necesidades del matrimonio, a fin de dotar de previsibilidad y de certeza al marco regulatorio aplicable a las relaciones familiares. En este contexto, analiza la validez de los acuerdos prematrimoniales junto el régimen de la competencia judicial internacional y de derecho aplicable, dado que no es posible llegar a un óptimo acuerdo si no se tiene presente tanto el Derecho material que va a regir el pacto, como los aspectos de competencia judicial internacional y de ley aplicable. A la vista del papel fundamental que el autor otorga a la autonomía conflictual, no resulta extraño que evidencie la extrema importancia que en este ámbito reviste la figura del notario. Para el autor, en su calidad de experto, este debe asesorar convenientemente a las partes sobre el contenido y limitaciones de este tipo de transacciones.

El eje de la obra que comentamos lo constituye la amplia y fecunda reflexión que el autor realiza sobre los acuerdos parasociales y su interrelación con los estatutos de la sociedad familiar. En su análisis evidencia el complejo régimen jurídico que poseen, debido a su doble naturaleza, societaria y contractual, tomando en consideración normas de hondo calado, a saber, el Reglamento (UE) 1215/2012, el Reglamento (CE) 593/2008, junto con las normas de Derecho internacional privado de carácter interno, que, lógicamente, inciden de manera sustancial en la delimitación del órgano judicial competente y de la norma de conflicto en cuestión. Así, para una correcta articulación de las normas de Derecho internacional privado, el autor analiza dos situaciones posibles. Considera que, si el pacto parasocial se entiende que posee eficacia societaria, los socios deben asumir que será el Derecho de sociedades el que será de aplicación ante eventuales litigios. No obstante, si se concibe que el pacto parasocial constituye un instrumento jurídico-pívado, debe quedar regido por el Derecho de contratos.

La obra concluye analizando uno de los principales problemas de la empresa familiar: la apertura de la sucesión *mortis causa* con efectos transfronterizos y los consecuentes efectos jurídicos que conlleva la apertura de la sucesión. Ciertamente, la apertura de la sucesión en tales casos es más compleja, por cuando conlleva valorar, por un lado, el control de la empresa en el núcleo familiar y, por otro, la elección de sucesor o sucesores. En este contexto, el protocolo familiar se erige, según el autor, en la herramienta idónea en la que se deben establecer las previsiones sucesorias. A este respecto, el Dr. Carrizo Aguado aborda acertadamente el estudio en profundidad del Reglamento (UE) 650/2012, de 4 de julio de 2012, cuya vocación de generalidad en la regulación del fenómeno sucesorio evita que las dispares concepciones nacionales impidan una pacífica transmisión de los bienes. Sea como fuere, tener conocimiento de antemano del Derecho aplicable y de la autoridad competente ofrecerá, a juicio del autor, las armas necesarias para controlar los efectos de una eventual sucesión, cuyo base es la protección del patrimonio de naturaleza empresarial, que corre el riesgo de fragmentación y de ausencia de control por parte del núcleo familiar. A este respecto, centra la atención en la intrincada posición en la que se encuentran las *family firms* a la hora de la determinación del juez competente y del Derecho aplicable, prestando especial atención al supuesto español contemplado en el Derecho común, y con un guiño al Derecho interregional, pero sin olvidar el controvertido encaje de los pactos sucesorios.

En suma, la presente obra alcanza sobradamente su propósito y rebasa las expectativas del lector. La oportunidad del momento de la publicación, la rigurosidad en el análisis de los temas que realiza su autor, y la actualidad de las fuentes manejadas, hacen de esta obra una referencia imprescindible para una aproximación al estudio de los problemas que una empresa familiar puede encontrar en las relaciones de tráfico jurídico externo.

Nuria Marchal Escalona
Universidad de Granada

DÍAZ LAFUENTE, J., *El sistema africano de derechos humanos. La dignidad humana y la protección de los colectivos vulnerables*, La Catarata, Madrid, 2023, 189 pp.

El profesor José Díaz Lafuente, en su presente obra: *El sistema africano de derecho humanos. La dignidad humana y la protección de colectivos vulnerables*, persigue dos grandes objetivos, que otorgan un valor significativo a su trabajo. Por un lado, mostrar una imagen distinta a la tradicional y dominante en la esfera europea y occidental, que tiende a proyectar un continente homogéneo, a pesar de su enorme diversidad geográfica, cultural y política, así como una amplia región marcada por problemas de desarrollo, pobreza, conflictos, migraciones o cambio climático. La acción inicial del autor es evidenciar que existen otras tendencias que merecen la pena ser señalados en el complejo contexto de la zona, además de cuestionar premisas durante mucho tiempo hegemónicas en los estudios desde las relaciones internacionales. Por otro, la investigación aborda de manera exhaustiva y pormenorizado, aún más, manteniendo un destacada organización y coherencia en su exposición, un repaso del sistema local sobre derecho humanos partiendo desde el principio de *Ubuntu*, que concita la importancia de mantener y cuidar los lazos comunitarios, empatía y solidaridad entre pueblos e individuos, llegando a analizar las principales instituciones, organismos y regímenes que conforman el arquetipo jurídico africano, junto al tratamiento y protección para distintos colectivos y grupos.

La presente obra no es un resultado extraño en la ya prolifera carrera académica del autor. José Díaz Lafuente es profesor de Relaciones Internacionales y Derecho Internacional Público en la Universidad Complutense de Madrid. Miembro del Instituto Universitario de Desarrollo y Cooperación de la Universidad Complutense de Madrid (IUDC-UCM). Sus principales líneas de estudio se centran en los sistemas internacionales y regionales de protección de derechos humanos, junto con la atención jurídica a los colectivos más vulnerables, dedicando especial atención a casos de estudio referidos al continente africano. Su experiencia profesional le ha llevado a trabajar como asesor en el Parlamento Europeo y técnica de cooperación en países como India, Etiopía, Senegal, Argentina o Brasil. Entre sus numerosas publicaciones científicas caben destacar los libros: *Asilo y refugio por motivos de orientación sexual e identidad de género* (2016) y *El cumplimiento de la Comisión Europea con la ciudadanía* (2019), además de otros artículos referenciales como: *El derecho de acceso a la justicia de las poblaciones indígenas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (2023); *La vulnerabilidad de las personas solicitantes de asilo y refugiadas en el Sistema Europeo Común de Asilo* (2021); *La protección de los derechos fundamentales frente a la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en la Unión Europea* (2013), entre otros.

El último libro de José Díaz Lafuente: *El sistema africano de derechos humanos. La dignidad humana y la protección de los colectivos vulnerables* puede dividirse en dos grandes partes. En primer término, los tres primeros capítulos que se centran en analizar el espíritu ético y normativo que se haya detrás del sistema regional de derecho humanos, donde tiene un papel fundamental el principio de *Ubuntu*, así como continúa con una evolución histórica del engranaje elaborado a nivel general africano y en distintos contextos subregionales; lo que es acompañado por una presentación esquemática y clara de las principales instituciones y organismos creados para reforzar y preservar el marco jurídico de derechos humanos y; por último, una vinculación directa con la Agenda 2063, el discutible concepto del desarrollo y las bases

teóricas del panafricanismo. En segundo lugar, los siguientes tres capítulos reflejan distintas investigaciones sobre casos concretos de cumplimiento y protección de derechos humanos para diferentes colectivos, partiendo de la promoción de los derechos de las mujeres desde el protocolo de Maputo hasta la jurisprudencia expuesta por la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; más adelante la realidad de los derechos de la infancia y la preservación del bienestar de los niños y; finalmente, otra serie de complejas realidades que afectan a grupos vulnerables en varias partes de África como la situaciones de las personas LGTBIQ+; la condición de los refugiados y, en última instancia, las personas con discapacidad.

El libro *El sistema africano de derechos humanos. La dignidad humana y la protección de los colectivos vulnerables* cuenta con numerosos pasajes destacables, pero en esta concisa reseña se pueden mencionar solo algunos de ellos. En el primer capítulo del libro merece la pena destacar el apartado destinado a explicar el concepto de *Ubuntu*, que emerge como paradigma dentro del sistema africano de derechos humanos como la vinculación directa entre los valores tradicionales de las sociedades locales, así como la protección de los colectivos y comunitarios. *Ubuntu* supone la reafirmación ante todo de la dignidad humana y constituye la base para todo tipo de acciones e interacciones con el resto de los sujetos. Un principio filosófico muy arraigado entre los pueblos indígenas africanos. En el tercer capítulo trabajo hay una sección dedicada hablar de la Agenda 2063 y el dilema del desarrollo africano a través de los principios básicos del panafricanos. En este sentido, la Agenda 2063 constituye el marco de actuación de los Estados miembros de la Unión Africana para un plazo de 50 años, donde existe un compromiso clara hacia un llamado desarrollo inclusivo y sostenible, que ponga en valor de forma rotunda cuestiones como la identidad y cultura de las sociedad africanas y la participación de los grupos sociales, étnicos y distintos colectivos en la política regional. Estos principios se combinan con otros vehiculizados a la buena gobernanza, la consolidación de los regímenes democráticos y la preservación del Estado de derecho. En el último capítulo de la obra se dedica a analizar la situación de distintos grupos vulnerables como las poblaciones indígenas, las personas lgtbiq+, los refugiados y desplazados por conflictos y las personas con discapacidad. En la explicación de todas estas realidades se acompañan una serie de ejemplos y casos de estudio, pero también una misma dinámica, puesto que se consigue progresivamente un reconocimiento jurídico, a pesar de las numerosas dificultades que todavía se encuentran en distintos países y comunidades africanas.

En el escenario principal de la explicación sobre el sistema africano de derechos humanos existen dos vectores fundamentales. En primer término, la conceptualización de la dignidad humana como un valor propio y arraigo en la cultura africano, que tiene su protagonismo cotidiano en las relaciones sociales y después de los procesos de descolonización y a lo largo del siglo XX y XXI busca su institucionalización en los entramados gubernamentales del continente. En segundo lugar, el sentido de lo colectivo, puesto que la tradición de la mayor parte de áreas africanas prima una visión principal de lo comunitario sobre lo individual, de lo social y comunal sobre el eje meramente personal y específico de cada sujeto. Esta es una característica muy relevante y particular de la concepción y desarrollo del sistema africano de los derechos humanos. En este sentido, el marco normativo de África se acompaña de tres elementos institucionales. Por un lado, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, que entró en vigor en 1986 y es ampliamente reconocida entre los Estados africanos, ya

que supone la base fundamental para la protección a nivel regional y nacional de los derechos humanos. Por otro, la Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, que es el organismo responsable de velar e interpretar los principios de la Carta Africana, además de disponer de distintos mecanismos interestatales y no estatales por el incumplimiento hacia los principios elementales del sistema jurídico emanado de la Carta Africana. Por último, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, que es resultado del interés de los Estados africanos a finales del siglo XX de consolidar la protección de los derechos humanos, dando lugar a un protocolo en 1998 y que entró en Vigor en 2004 para la creación de un órgano judicial capacitado para dictaminar sentencias vinculantes.

La idoneidad del presente trabajo se encuentra en la relevancia del tema tratado y en el contexto en que se realiza la propia investigación. El continente africano, como el conjunto de la sociedad internacional, se encuentra en una fase trascendental de cambio, que propicia una infinidad de dinámicas globales, regionales y nacionales. Entre ellas cabe citar el impacto de la globalización, los procesos de integración y cooperación multilateral, el auge de movimientos nacionalistas, locales y soberanistas, el incremento de diferentes amenazas a la seguridad colectiva y del individuo, la efervescencia de nuevo de principios e ideológicas clásicas del siglo XIX y XX como el panarabismo, así como la resolución de nuevos retos y desafíos políticos tales como la revolución tecnológica o la emergencia climática. En este sentido, detrás de la composición de este excelente libro subyacen varias preguntas, que dan coherencia a todo el relato presentado por el profesor José Díaz Lafuente. Por un lado, el impacto que las transformaciones geopolíticas tienen sobre marco normativo y jurídico del sistema de derechos humanos de África. Por otro, la identificación de las principales características que singularizan y hacen único la constitución, promoción y preservación de mecanismos garantistas de los derechos humanos en la zona. Por último, los principales desafíos y obstáculos al cumplimiento de dichas bases legales, además de reflexionar sobre los posibles escenarios en el corto y medio plazo para la vigencia y ampliación del sistema de derechos humanos africanos.

El libro *El sistema africano de derecho humanos. La dignidad humana y la protección de colectivos vulnerables* cuenta con una serie de virtudes que merece la pena destacar en una reseña de este tipo. En primer término, la oportunidad de explicar un trabajo como este en la *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, puesto que el autor trabaja sobre una base teórica y metodológica que combina la perspectiva propia del derecho internacional público, junto a las premisas teóricas de las relaciones internacionales. En segundo lugar, la investigación presenta un panorama completo y multidimensional del sistema de derechos humanos en el continente africano partiendo desde lo general hasta casos concretos, dando protagonismo a los factores estructurales e institucionales, pero también concediendo la agencia y protagonismo que se merecen a todo tipo de actores estatales y no estatales, que conforman y condicionan los marcos jurídicos. En tercer punto, la obra refleja una realidad normativa y legal en constante evolución, ya que es expuesto como un objeto sometido a innumerables factores, que le convierten en un proceso enriquecido por la confluencia de numerosos condicionantes que están presentes a lo largo del tiempo. En cuarto aspecto, la labor científica del profesor José Díaz Lafuente también adquiere rasgos críticos y reivindicativos, puesto que intentan superar los cánones tradicionales que han dominado las visiones occidentales para los análisis africanos, dando lugar a una imagen completa sobre las innumerables cualidades,

pero también defectos que presenta el contemporáneo sistema africano de derechos humanos. En último lugar, hay que reseñar positivamente unos componentes que en muchas ocasiones no son apreciados en obras de esta naturaleza. Por un lado, la claridad y organización en la exposición de las ideas, que viene dado por la precisión de los objetivos iniciales en la investigación, además de la forma de exponer tan precisa por parte del autor, que ayuda a seguir y comprender el conjunto del texto, a pesar de que existan temas complejos o técnicos. Por otro, merece la pena mencionar el conjunto de referencias, datos y fuentes bibliográficas que acompañan la exposición, puesto que evidencia aún más la incesante quehacer del profesor y su desbordante conocimiento sobre el tema.

El libro *El sistema africano de derecho humanos. La dignidad humana y la protección de colectivos vulnerables* debe ser recomendado para diversos potenciales públicos. Los investigadores y expertos en estudios de área africanos encontrarán en la obra del profesor José Díaz Lafuente un punto de referencia y debate sobre derechos humanos en África, puesto que no solo hace un resumen de todo el marco normativo, sino que también introduce su necesaria actualización al contexto internacional y regional. En la misma línea, los lectores que comiencen a interesarse por los temas políticos, sociales o jurídicos africanos pueden encontrar en este trabajo un idóneo punto de partida, ya que permite situar a cualquier tipo de audiencia ante la diversa y heterogénea realidad de las sociedades africanas. Coaligado a ello, los profesionales vinculados al derecho internacional van a tener un análisis que introduce también elementos filosóficos, políticos e históricos, que son más que necesarios para situar lo jurídico en su entorno social; mientras que los autores de la disciplina de las relaciones internacionales van a sumar a su aprendizaje todo una amalgama de vectores normativos, que son una base fundamental de la idiosincrasia del orden internacional y de la geopolítica africana. En resumen, la presente obra también es de necesaria lectura porque abre la puerta a numerosos debates científicos, puesto que amplía las posibilidades de estudiar el objeto de estudio africano desde lo que se ha construido y lo que está aún por hacer.

David Hernández Martínez
Universidad Complutense de Madrid

FAGGIANI, V., *La necessaria riformulazione del diritto di asilo europeo. Tra crisi migratoria e involuzione democratica*, Franco Angeli, col. Studi di Diritto Pubblico, Milano, 2024, 276 pp.

La crisis migratoria en la que nuestro país, y otros del entorno europeo, nos hallamos inmersos hacen que la publicación de esta obra de la doctora Faggiani sea especialmente oportuna. No cabe duda de que el tema es de gran relevancia y actualidad, no solo en el contexto de la política migratoria europea sino también en el de los desafíos democráticos que enfrenta nuestro continente. La autora realiza un profundo y pormenorizado análisis del sistema europeo común de asilo y cómo se ha visto comprometido, en muchos casos, por la presión política y social, deteniéndose especialmente en los casos de España e Italia. La aproximación al tema se corresponde con el perfil de la autora, profesora de Derecho constitucional en la Universidad de Granada, que aboga ya en el título de la obra por una reformulación del sistema de protección internacional europeo que, en su opinión, debe desarrollarse en dos niveles conectados: la dimensión interna y la dimensión externa del derecho de asilo, en relación con la tendencia a extender los efectos de la política migratoria más allá de las fronteras del Estado. Para ello la obra se divide en cuatro partes:

En la primera, de carácter introductorio y titulada “Diritti e immigrazione nell’UE come questione di Stato di Diritto”, se estudia la relación entre el Derecho migratorio de la UE y el Estado de derecho analizando cómo la respuesta europea a la migración ha sido, en ocasiones, reactiva y descoordinada, lo que ha llevado a una erosión de los derechos fundamentales de los solicitantes de asilo. Se pone aquí de manifiesto la conexión entre la crisis migratoria y la involución democrática. Específicamente, indica que la erosión progresiva de los elementos constitutivos del Estado de Derecho se ha visto favorecida por la inestabilidad de los partidos tradicionales y el auge en algunos países de partidos populistas y de nuevos movimientos antisistema de derechas e izquierdas. Ese proceso de involución adopta la forma de una serie de transformaciones graduales. De hecho, se observa que las numerosas reformas adoptadas por estos países no producen una ruptura inmediatamente perceptible con la democracia, sino que la transforman en un sistema «híbrido», un *tertium genus*, intermedio entre los modelos autoritario y antiliberal. Advierte del peligro que supone el que estos nuevos Estados antiliberales utilicen los mecanismos democráticos, que no se suprimen formalmente, pero se anula la autonomía de las instituciones de control y garantía, como el poder judicial, los tribunales constitucionales, las fuerzas de seguridad y los medios de comunicación, que se convierten en instrumentos al servicio de la política. En estos Estados antiliberales las técnicas utilizadas en materia migratoria según la autora son dos: en primer lugar, la referencia constante a la soberanía nacional perdida y la falta de solidaridad tanto con las personas de terceros países que buscan ayuda como con los Estados miembros más afectados por la crisis migratoria y, en segundo lugar, el abuso del binomio identidad constitucional-pluralismo político. Otro elemento común a estos Estados es la presentación de la inmigración como una amenaza a la seguridad nacional: así, la necesidad de reforzar la seguridad nacional lleva a adoptar un conjunto de medidas dirigidas a restringir la entrada de migrantes en estos países, criminalizarlos y atacar a la sociedad civil implicada en las operaciones de ayuda humanitaria. El epígrafe final de esta primera parte ilustra estas afirmaciones de la doctora Faggiani con el análisis del caso de

Hungría y el trato otorgado a los inmigrantes en los campos de Röszke y Tompa, las llamadas «cárceles de refugiados» ante el Tribunal de Luxemburgo y el de Estrasburgo.

La segunda parte de la obra aborda el estatuto del solicitante de protección internacional. La autora señala que, frente a la concepción de una ciudadanía antes excluyente y discriminatoria, surge una nueva concepción más inclusiva y social, alimentada por nuevos derechos otorgados a los extranjeros y a otros colectivos. Se abordan los modelos de inclusión desarrollados en Italia y España, dos Estados descentralizados, que en las últimas décadas se han transformado de “países de emigrantes” a epicentros de fenómenos migratorios. En ambos países se identifican cuatro niveles en función de los diferentes estatutos reconocidos, con un catálogo más o menos extenso de derechos: ciudadano, ciudadano de la UE, ciudadano extracomunitario con permiso de residencia regular, solicitante o titular de protección internacional y ciudadano extracomunitario sin permiso de residencia. En el análisis de la situación de cada uno de estos niveles la autora se detiene en la legislación y jurisprudencia de ambos países, haciendo un excelente ejercicio de Derecho comparado concluyendo que si bien ambos ordenamientos intentan equiparar básicamente a los extranjeros regulares con los ciudadanos, en relación al cuarto nivel, los extranjeros irregulares, ni España ni Italia han logrado resolver los problemas derivados de la necesidad de garantizar que los derechos fundamentales de las personas en tales condiciones sean efectivamente respetados.

Se aborda seguidamente el derecho de asilo como derecho complejo o “derecho de frontera”, del que la autora destaca su ambivalencia, como protector de otros derechos y, por otra parte, como derecho de reconocimiento discrecional dependiente de una situación de vulnerabilidad. Además, destaca que, aunque la política migratoria sigue muy ligada al núcleo duro de la soberanía estatal, la base y el principal desarrollo normativo se encuentran en el Derecho internacional y en el Derecho de la UE, ordenamientos que han afectado directamente a los sistemas internos, determinando su desarrollo. Si en el Derecho internacional el asilo se configura como un derecho político, ligado a la discrecionalidad de la soberanía estatal, en el Derecho de la UE se concibe el asilo como una competencia compartida entre la Unión y los Estados miembros, destinada a establecer un estatuto adecuado a cualquier nacional de un tercer país que necesite protección internacional y que garantice el principio de no devolución (art. 78 TFUE) y también como un derecho. La doctora Faggiani propone seguidamente el análisis de la experiencia italiana y española para comprender el impacto de este fenómeno en los Estados miembros de primera línea y desarrollar una respuesta al mismo. En relación al ordenamiento español destaca una crítica en relación al ámbito subjetivo de aplicación de la ley 12/2009, que no incluye a los ciudadanos de la UE por entender que los Estados miembros son países de origen seguro, lo que para la autora debería modificarse teniendo en cuenta el contexto de involución democrática en Polonia, Hungría, Rumanía o Bulgaria. También es objeto de crítica el desarrollo de prácticas contrarias a los estándares mínimos como la externalización de fronteras a través de acuerdos de readmisión, como el de Marruecos, la legalización en la Ley Mordaza de “devoluciones en caliente” o “rechazo en frontera”, realizado por la Guardia Civil contra inmigrantes que intentan entrar irregularmente en España desde Marruecos. En cuanto al ordenamiento italiano, la autora señala que la transposición en Italia de la legislación adoptada en el seno de la UE ha creado un sistema pluralista en el que el llamado “derecho constitucional de asilo” estaría integrado por el asilo, el refugio y la protección subsidiaria,

que constituyen tres categorías jurídicas autónomas. Así, según la ley italiana, el asilo y el estatus de refugiado no coinciden y en este marco, el permiso de residencia por razones humanitarias constituía una de las “tres caras del asilo”, la “tercera pata”, otro mecanismo adicional cuya adopción se dejaba a la discreción de los Estados. Esto es criticado por la autora pues la previsión detallada de los distintos tipos de permisos ha afectado al alcance de esta institución, perdiendo el carácter de cláusula abierta y general, que era en realidad uno de sus puntos fuertes. Además, el sistema creado es demasiado heterogéneo, mezclando supuestos que, en realidad, quedan fuera del ámbito de aplicación del artículo 10 de la Constitución italiana.

En los últimos epígrafes de esta segunda parte la autora señala la necesidad de reflexionar sobre el concepto de vulnerabilidad, sobre el impacto de la afluencia masiva de personas procedentes de terceros países y sobre la consiguiente necesidad de objetivar el concepto de crisis, para favorecer la adopción de respuestas comunes por parte de la UE y ampliar los supuestos en los que es posible solicitar y obtener protección internacional, haciendo el sistema más inclusivo y dotando al individuo de más herramientas para garantizar su ejercicio efectivo. Especialmente se fija en algunos casos especiales: el de los menores solicitantes de asilo y menores no acompañados, que carecen de una Directiva *ad hoc* que sí existe en otros campos (como la Directiva 2016/800 sobre garantías procesales para los menores involucrados en procesos penales en la UE) y que esté basada en el principio del interés superior del menor. También estudia el caso de los refugiados en caso de conflicto armado, situación no incluida en la Convención de Ginebra, pero sí en el derecho de la Unión, dentro del ámbito de aplicación de la protección subsidiaria (Directiva 2011/95/UE). Concretamente, el TJUE ha aclarado que la protección subsidiaria puede otorgarse no sólo en el caso de “conflicto armado internacional” y “conflicto armado que no tiene carácter internacional”, de conformidad con el derecho internacional humanitario, sino también en el caso de “conflicto armado interno”. Finalmente, la autora aborda el caso de los refugiados climáticos, cuya difícil situación, sin reconocimiento en el Derecho internacional ni en el de la Unión Europea, los excluye del sistema de asilo. Sin embargo, apunta Faggiani los casos de Finlandia y Suecia como los primeros Estados miembros en implementar el concepto de “refugiado climático” en sus respectivas leyes en materia de inmigración.

La autora, tras el análisis de estos casos especiales, busca en la legislación comunitaria una solución a estas lagunas legales, indicando que el artículo 78.3 del TFUE ha sido incapaz de resolver los problemas del SECA. La propuesta es acudir al Reglamento relativo a situaciones de crisis, sobre el que se alcanzó un acuerdo en diciembre de 2023, que introduce una nueva definición de crisis que podría incluir categorías de personas que actualmente no se encuentran recogidas en el sistema europeo de asilo. Este Reglamento concibe la emergencia como un caso específico que justifica la aplicación de medidas específicas, por lo que crea un marco legislativo común y específico, que “funciona como una *lex specialis*”, permitiendo el establecimiento de excepciones temporales a las normas ordinarias del Derecho de la UE, lo que en opinión de la autora genera consecuencias muy interesantes para la solución de los casos mencionados como la armonización de la gestión de estas situaciones o el refuerzo de las garantías para estos nacionales de terceros países y apátridas.

La tercera parte de la obra analiza la ineficacia del derecho de acceso al territorio de la Unión en materia de protección internacional. Dicha ineficacia, señala la autora, se deriva en primer

lugar, del contenido del Reglamento de Dublín. Efectivamente, en este instrumento la protección internacional se somete al respeto del principio de territorialidad, criterio restrictivo que se ve acentuado por la inexistencia de mecanismos que permitan el ejercicio concreto del derecho a entrar legalmente en el territorio de los Estados miembros. Esta laguna ha contribuido a crear un sistema contradictorio que repercute en la estabilidad del SECA. La autora propone como alternativa a estos problemas el establecimiento gradual de procedimientos de acceso legal a la protección, complementarios a los ya existentes, como la reagrupación familiar o la Directiva de Protección Temporal. Se analiza seguidamente por la autora el acceso al territorio de la UE por la vía del reasentamiento, que se plantea como acto de solidaridad, pero también como mecanismo de externalización de las obligaciones de protección internacional de los Estados. Sin embargo, tampoco es un instrumento eficaz a causa de la ausencia continuada de legislación europea vinculante para los Estados miembros, que distribuya las cargas y establezca normas de procedimiento. Faggiani critica también que el reasentamiento tras su aparente espíritu humanitario, esconda el objetivo de construir una «estrategia de externalización de fronteras» orientada al control de la inmigración y cita en relación con esta cuestión el acuerdo con Turquía de 2016. La aprobación de un Reglamento sobre reasentamiento, que está encima de la mesa desde 2016, conseguiría un nivel de convergencia mayor que el de una Directiva, pero también dejaría cuestiones sin resolver, en opinión de la autora, como el carácter voluntario del reasentamiento o que se garantice que los Estados miembros y la UE respeten los derechos fundamentales de las personas necesitadas de protección, principalmente el principio de no devolución. Se critica también la ausencia de un marco común armonizado a escala europea o incluso de un respaldo jurisprudencial del Tribunal de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación a la concesión de visados humanitarios. En relación a esta cuestión la autora opina acertadamente que la posibilidad de que los Estados miembros adopten medidas nacionales conlleva un riesgo de fragmentación que debería evitarse, por lo que apuesta por un visado humanitario europeo como solución complementaria a las vías de acceso tradicionales.

El análisis del principio de *non refoulement* se centra en los casos de España, Polonia e Italia, casos en los que, en opinión de la autora, se producen violaciones de este principio con el objetivo de contener los flujos dirigidos hacia cada uno de esos territorios. Se realiza un detallado análisis de cada caso, bien apoyado en jurisprudencia nacional y de los tribunales de Luxemburgo y Estrasburgo: en España se analizan las repatriaciones de menores, la situación de los menores no acompañados y las polémicas “devoluciones en caliente”, en Polonia la violación de la prohibición de las expulsiones colectivas y en Italia la política de puertos cerrados y casi cerrados y el actual estado de emergencia migratoria. El objetivo de este apartado, reflexionar sobre los aspectos comunes de las políticas de estos países e identificar su incompatibilidad con las normas de protección, se cumple con éxito sobrado.

La cuarta y última parte de esta obra propone el estudio del modelo europeo de externalización del asilo poniendo de manifiesto sus contradicciones e incompatibilidades con las normas de protección. Para ello se refiere a las dos dimensiones, interna y externa, de esta política europea, que requieren poner en relación la política migratoria con la cooperación judicial penal y la cooperación policial y con la PESC, pero también se refiere al recurso de algunos Estados con fronteras exteriores (cita los casos de España, Italia, Grecia, Malta y Chipre y el de la pro-

pia UE) a la externalización de las fronteras para contener los flujos masivos. Señala Faggiani que esta externalización puede darse de manera directa, con el traslado forzoso del solicitante del primer país de llegada a un tercer país considerado seguro que se encargará del examen de la solicitud, o por vía indirecta, cuando el Estado de primera llegada además de delegar el examen de la solicitud de asilo celebra acuerdos de readmisión con los Estados de origen y tránsito, acuerdos en el ámbito del *soft law*, que permiten a la UE y a los Estados miembros ejercer un control a distancia. Esto es criticado por la autora por considerar que estas prácticas consolidan la dimensión externa de la política de asilo evitando que los Estados miembros, y la propia Unión, asuman sus responsabilidades, a la vez que reproduce el patrón injusto y discriminatorio de la división Norte-Sur cuyo principal resultado es impedir el acceso adecuado al procedimiento de protección internacional. Así, en los siguientes epígrafes de esta cuarta parte la autora aborda algunos casos paradigmáticos de externalización:

El primero de ellos es el Acuerdo-Declaración entre la UE y Turquía de 2016, en el que la doctora Faggiani detecta varios problemas, que son puestos de manifiesto con sólidos apoyos doctrinales y jurisprudenciales, como su dudosa naturaleza jurídica, la falta de competencia de los órganos que participaron en su negociación, la falta de publicidad y de transparencia que afectan a la seguridad jurídica, su evidente lógica utilitarista o el hecho de que Turquía no ofrezca garantías suficientes para ser declarado país seguro, entre otros. Sin embargo, la crítica más importante para la autora es el hecho de que la UE ha pactado con un país que no garantiza la libertad de prensa ni el pluralismo político, que discrimina por razones de género y orientación sexual o pertenencia a minorías étnicas, culturales o religiosas, lo que considera, lógicamente, contrario a los principios fundamentales que deben guiar la actuación de la UE. El segundo es el reciente memorando de entendimiento sobre una asociación estratégica y global entre la UE y Túnez para reforzar la cooperación. En este caso la Comisaria de Derechos Humanos del Consejo de Europa ya ha mostrado su preocupación en relación con la violación de los derechos humanos por parte de los terceros países implicados. A pesar de que la Comisión Europea ha manifestado que el acuerdo con Túnez está funcionando satisfactoriamente, la doctora Faggiani indica que hubiera sido interesante incorporar garantías que evitaran los efectos negativos, como la publicación de una evaluación de impacto sobre los derechos humanos, la transparencia en el desembolso de fondos, el establecimiento de mecanismos de seguimiento y la posible suspensión de actividades que puedan lesionar los derechos de estas personas. La situación es más grave si, como indica la autora, tenemos en cuenta que tomando este modelo se está preparando un acuerdo con Egipto, lo que implica una tendencia a bloquear los flujos *in situ*, tratando de fomentar el desarrollo de estos países y dejando de lado las garantías propias del proceso de construcción europea. Una situación similar se deriva del Memorando de entendimiento entre Libia e Italia de 2017, prorrogado en 2020 y 2023 sin modificaciones. Se trata de un acuerdo informal en el que ha faltado transparencia y que no ha seguido el procedimiento establecido ni por el Derecho nacional ni por la propia UE. La autora, de hecho, a pesar de que el acuerdo ha tenido el apoyo de la UE, valora su inconstitucionalidad, lo que es grave si, como ella indica, se trata de un tratado internacional vinculante y no, como en ejemplos anteriores, de una norma de *soft law*. Finalmente, el Protocolo Italia-Albania también establece un modelo *sui generis* con el objetivo de paliar la crisis sistémica del asilo en Italia. Para ello articula el traslado de inmigrantes en situación irregular en Italia a centros gestionados por la administración italiana en Albania. Este acuerdo es criticado duramente por la autora y lo

cierto es que, mientras se escriben estas líneas, los medios de comunicación europeos se hacen eco del envío al TJUE del asunto por parte de los tribunales italianos, que ya cuestionaban su legalidad desde hace tiempo.

La autora aborda también la protección de los derechos de los inmigrantes ante la Corte Penal Internacional, jurisdicción ante la que se denunciaron en 2019 las operaciones de rescate de migrantes en el mar Mediterráneo, llevadas a cabo por Mare Nostrum y Tritón, con la ayuda de Frontex, en las que presuntamente se cometieron crímenes de lesa humanidad. Posteriormente, en 2021, algunas ONG volvieron a presentar estos crímenes ante el Fiscal de la CPI, utilizando el mecanismo previsto en el artículo 15 del Estatuto de Roma, para verificar las responsabilidades no sólo de las autoridades libias, sino también de los funcionarios italianos y malteses y de otros actores implicados. Faggiani señala que la competencia de la CPI estaría justificada por el principio de complementariedad y, por otra parte, Libia no puede ser considerado un país seguro. En estos momentos y a pesar de que algunas mejoras recientes han permitido recopilar pruebas importantes, la cooperación sigue siendo difícil debido a problemas estructurales y de seguridad y al clima de violencia persistente en Libia.

La obra finaliza con unas conclusiones que sintetizan las ideas fundamentales expuestas, situando el derecho de asilo en el marco del retroceso del Estado de derecho y proponiendo la autora un “regreso” a la Constitución como referente para la gestión del fenómeno migratorio. Se trata de una obra muy completa, que analiza un fenómeno de plena actualidad y de gran complejidad. El reto es muy bien resuelto por la doctora Faggiani enmarcando el estudio en el campo de los derechos fundamentales y ofreciendo un panorama de la situación internacional, europea y nacional, especialmente centrada en Italia y España. La autora analiza con detalle y profundidad los problemas en presencia y ofrece propuestas realistas de solución. De todo ello se deduce un conocimiento profundo del tema tratado y un compromiso personal con la investigación llevada a cabo. Estos elementos hacen de este libro una obra de referencia obligada para el interesado en la política migratoria europea y por mi parte recomiendo vivamente su lectura.

Carmen Tirado Robles
Universidad de Zaragoza

GONZÁLEZ GARCÍA, I. y DEL VALLE GÁLVEZ, A. (Dirs), *Ceuta y Melilla: La Unión Europea en la Orilla Sur del Mediterráneo. Propuestas de consolidación europea para las ciudades, islas y peñones de España*, Editorial Tleo, Granada, 2023, 210 pp.

Los autores de esta obra colectiva, miembros del Grupo de Investigación SEJ.572 ‘Centro de Estudios Internacionales y Europeos del Área del Estrecho’ del que es responsable el catedrático de la Universidad de Cádiz A. del Valle Gálvez, publicaban un año antes de la aparición de este libro el Informe del Observatorio de Ceuta y Melilla (OCM) titulado *La consolidación europea de Ceuta, Melilla y los otros territorios españoles en el norte de África*. Aparecido dicho Informe en junio de 2022, presentado en el Congreso de los Diputados en ese mismo mes, y en las sedes de la UNED de Ceuta, en septiembre, y de Melilla en octubre del mismo año, tuvo un hondo impacto y dinamizó un proceso que desembocaría en la publicación del presente libro.

Inventariar propuestas para consolidar los territorios españoles en el norte de África en clave europea era el objetivo del Observatorio de Ceuta y Melilla cuando invitó a este selecto grupo de investigadores a elaborar un Informe a añadir a los hasta entonces publicados desde su nacimiento, en 2020 y en el seno del Instituto de Seguridad y Cultura (véase www.observatorioceutamelilla.org). Y tal inventario, ampliado y profundizado en relación con lo que fuera el Informe del que nacía, aparecía como el libro colectivo que aquí reseñamos. Es esta obra coral enriquecedora en términos de investigación por su rigor y por su equilibrio, y es además de gran utilidad en la dimensión política, tanto para España como para Europa pues de territorios españoles y europeos se está tratando, desconocidos para muchos y durante demasiado tiempo desatendidos.

Por la consolidación de Europa en el área del estrecho de Gibraltar aboga el profesor del Valle Gálvez en la presentación de la obra, objetivo que solo se logrará si en el empeño se refuerzan los territorios españoles y europeos, ubicados en la orilla sur del Mediterráneo y sometidos periódicamente a las presiones de Marruecos tal y como el autor expone en el capítulo 2. Utiliza Rabat herramientas híbridas diversas, y en particular la de los flujos migratorios irregulares como quedó bien de manifiesto en mayo de 2021 en Ceuta, e intensifica su uso para lograr alcanzar sus aspiraciones en relación con el territorio no autónomo del Sáhara Occidental. Tal actitud marroquí contribuye a impedir la plena implementación de las múltiples oportunidades de cooperación entre España y la UE, por un lado, y Marruecos por otro, que explica en detalle la profesora González García en el capítulo 1 de la obra.

Avanza la obra esclareciendo aspectos concretos como es la pertenencia de Ceuta y Melilla al espacio Schengen, analizada al detalle por el profesor Acosta Sánchez en el capítulo 3; la integración europea de las Ciudades Autónomas en la unión aduanera, desmenuzada por el profesor Cepillo Galvín en el capítulo 4; la dimensión de la protección ambiental en el Derecho europeo, particularmente importante cuando se trata de las islas Chafarinas, que estudia el profesor Verdú Baeza en el capítulo 6; la también imaginativa propuesta presentada en el capítulo 8 por el profesor del Valle Gálvez en relación con los peñones de Vélez de la Gomera y Alhucemas, que bien podrían convertirse en lugares de reencuentro y memoria de las guerras del Rif; o la ventana de oportunidad que ofrecen instituciones, asociaciones y redes

de regiones y ciudades europeas en las que Ceuta y Melilla deberían tener presencia en aras a una mejor protección, y que desmenuza detalladamente el profesor Torrejón Rodríguez en el capítulo 9.

Y el libro se completa con dos capítulos que tratan cuestiones de fondo y que se exponen en clave transversal, a saber: el capítulo 5, en el que el profesor del Valle Gálvez presenta audaces estrategias de futuro ahondando en el concepto de “ciudades internacionalizadas” que sitúa en un contexto más amplio que incluye referencias tanto a Gibraltar como al Sáhara Occidental; y el capítulo 7, en el que el profesor Acosta Sánchez analiza la dimensión de seguridad y defensa.

La lectura de este libro permite consolidar conocimientos en relación con intereses largamente desatendidos para lograr compromisos en su defensa tanto de España como de la UE y de otras instituciones europeas. Conocimientos en relación con territorios (las dos Ciudades, los peñones de Vélez de la Gomera y de Alhucemas y las islas Chafarinas) y en relación con dimensiones varias (la político-diplomática, la económica, la de la seguridad y la defensa o la medioambiental). Y compromisos a la hora anclar bien todos los territorios en relación con España y con Europa mientras, en paralelo, definimos una relación más madura por exigente con Marruecos, que debiera de ser más proactiva y menos reactiva, objetivo al que la publicación de este excelente libro colectivo puede y debe contribuir.

Carlos Echeverría Jesús
Profesor Permanente Laboral de la UNED
y Director del Observatorio de Ceuta y Melilla
(Instituto de Seguridad y Cultura)

GUTIÉRREZ CASTILLO, Víctor Luis, *La subjetividad internacional de la Santa Sede en la Sociedad Internacional. Estudio de sus fundamentos históricos y jurídicos*, Aranzadi, 2024, Cizur Menor, 215 pp.

La obra objeto de esta recensión constituye una interesante investigación plenamente justificada, no solo por la originalidad en su forma expositiva, sino por las aportaciones que en ella realiza su autor, Víctor Luis Gutiérrez Castillo, profesor titular de derecho internacional público de la Universidad de Jaén y miembro de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. Y es que, a pesar de que la subjetividad internacional de la Santa Sede es sin duda una cuestión de gran interés para la disciplina, no ha sido objeto de investigaciones monográficas por la doctrina española. Como afirma el autor en la introducción de su obra, la preexistencia de la Santa Sede tras la desaparición de los Estados Pontificios representó una anomalía en los parámetros tradicionales de la subjetividad internacional. Si el Estado era el modelo clásico de sujeto internacional, fue precisamente la desaparición de la base territorial de aquélla y la efectividad de sus prerrogativas lo que contribuyó a la redefinición de los límites de la subjetividad en plano internacional. Sobre la base de esta premisa el profesor Gutiérrez Castillo desgana las causas, tanto históricas como jurídicas, que explican las razones por las que la comunidad internacional siguió reconociendo a la Santa Sede como sujeto internacional tras la *debellatio* de los Estados Pontificios. Planteamiento éste que justifica la estructura de la obra, la cual, siguiendo un método cartesiano, se divide en dos grandes partes, subdivididas en dos capítulos, y unas conclusiones.

La primera parte bajo el título “*Fundamentos jurídicos e históricos de la subjetividad internacional de la Santa Sede*”, inicia con un primer capítulo cuyo título “*la subjetividad internacional de la Santa Sede y del Estado de la Ciudad del Vaticano*” nos anticipa la posición mantenida por el autor e relación a la doble subjetividad de ambas entidades. En este apartado se realiza una interesante delimitación conceptual sobre términos que, con frecuencia, han lugar a confusión en la doctrina internacionalista como el de Santa Sede, Sede Apostólica o Curia Romana. Asimismo, es destacable el esfuerzo jurídico realizado para clasificar la relación entre el Estado de la Ciudad del Vaticano y la Santa Sede como sujetos independientes. Y es que, como nos recuerda el autor, el nacimiento de este último Estado también supuso una excepción a la regla general: a diferencia de los demás que por definición son entes políticos al servicio de su población, el Estado de la Ciudad del Vaticano fue creado con el propósito instrumental de garantizar la independencia y soberanía de la Santa Sede en el contexto internacional. De este modo, tras esta oportuna contextualización de la problemática objeto de estudio, el profesor Gutiérrez Castillo, con gran acierto a nuestro juicio, hace un extenso recorrido de la evolución histórica de la subjetividad de la Santa Sede desde la aparición de los Estados Pontificios, hasta la creación del Estado de la Ciudad del Vaticano. Nos parece interesante la forma en la se ha hecho, en la medida en que ha querido conectarla evolución de dicha subjetividad con acontecimientos históricos (Paz de Westfalia, Congreso de Viena, Tratado de Versalles...) determinantes para la conformación de la sociedad internacional.

Lejos de situar la cuestión en un ámbito estrictamente teórico, el autor se esfuerza en la segunda parte de su monografía en analizar la práctica internacional que avala la preexistencia de la subjetividad internacional de la Santa Sede a la firma de los Pactos Lateranenses. Así bajo el

título “*Efectividad de la subjetividad de la Santa Sede en la Sociedad Internacional*”, se estudia no solo sus diferentes formas de manifestación en la esfera internacional, sino también su posición en la comunidad internacional. De este modo en el tercer capítulo se centra en constatar como aquélla ha proyectado su personalidad jurídica de modo equiparable a los Estados a través de manifestaciones clásicas efectividad como el *ius contrahendi*, *ius ad tractatum*, *ius legationis* o el *ius standi*. A nuestro juicio, uno de los puntos más interesantes de este capítulo es la reflexión que hace el autor sobre la naturaleza jurídica de los concordatos firmados por la Santa Sede con terceros Estados, así como el ejercicio del *ius foederum* llevada a cabo por los papas a lo largo de la Historia. Finalmente, en el cuarto y último capítulo se analiza el papel de la Santa Sede y del Estado de la Ciudad del Vaticano en la sociedad internacional contemporánea, prestando especial atención a su estatus jurídico en la Organización de Naciones Unidas, así como a su evolución de *miembro observador permanente* a *Estado observador*. En este sentido, es oportuna la reflexión que hace el profesor Gutiérrez sobre la compatibilidad de esta situación con los rasgos de neutralidad e inviolabilidad que le fueron reconocida a la Santa Sede tanto por los pactos lateranenses como por la práctica internacional. Rasgos que, sin embargo, como demuestra el autor, no han sido un obstáculo para su decidida participación en la construcción del orden europeo. Termina este capítulo con una interesante reflexión sobre la geopolítica de la Santa Sede diseñada por el primer papa latinoamericano en la historia de la Iglesia y que ha dado lugar a una redefinición de sus relaciones internacionales y a un abandono de la centralidad europea. La obra finaliza con unas interesantes conclusiones en las que se concentran las principales aportaciones de la obra.

Nos gustaría concluir esta reseña señalando que estamos ante una investigación bien documentada que incorpora interesantes reflexiones y ayuda a comprender con rigurosidad una cuestión de especial complejidad en la disciplina. A nuestro juicio, el autor demuestra un amplio conocimiento del tema objeto de estudio, así como de cuestiones históricas necesarias para la comprensión. Y es que, no cabe duda, de que, a pesar de tratarse de una investigación enmarcada en el ámbito del derecho internacional público, no se han ignorado cuestiones de otra índole que explican y condicionan la personalidad jurídica *sui generis* de la Santa Sede en la sociedad internacional. Asimismo, cabe destacar el acierto de la bibliografía utilizada. Se trata de una bibliografía cuidada e imparcial, en la que no solo encontramos obras clásicas, sino también trabajos recientes de la doctrina española y extranjera, especialmente italiana y alemana. Por todo ello, confío que esta nueva monografía no solo contribuya al análisis jurídico de la cuestión a la que nos reta el autor, sino a la adecuada comprensión de sus fundamentos. En definitiva, nos encontramos ante una obra útil y de interés en el panorama doctrinal español a la que doy la bienvenida.

Miguel Ángel Martín López
Universidad de Sevilla

LÁZARO GONZÁLEZ, I.E., CLARO QUINTÁNS, I., DÍEZ VELASCO, I. TORRES LÓPEZ, P. y MARTÍNEZ CASTREJÓN, E., *Estudio jurídico sobre infancia no acompañada y separada con necesidad de protección internacional en España*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023, 216 pp.

La obra que se presenta tiene como objeto, tal y como se pone de relieve en su introducción, examinar la situación de los niños y niñas no acompañados o separados cuando actúan o potencialmente podrían actuar en calidad de demandantes de protección internacional en España, en aras a plantear y aportar positivos avances y respuestas, especialmente recogidas en las conclusiones y recomendaciones finales, tras haber analizado íntegramente el sistema ante el que se enfrentan estos menores. Un sistema que suspende debido a las carencias materiales, los obstáculos en el acceso al derecho de asilo y durante el procedimiento (en algún momento se habla de las dificultades del menor para resistir hasta el final) al que se unen también deficiencias normativas que se mantienen en el tiempo y que se revelan resistentes al cambio.

De forma acertada, las autoras fijan desde un inicio que, aunque el caso de estos menores presenta conexiones comunes en determinados aspectos con los menores no acompañados y el régimen jurídico de extranjería que les resulta de aplicación, el estudio pone el foco en las concretas cuestiones jurídicas que atañen a la infancia que precisa de protección internacional. Se centra pues, como indican, en los niños y niñas no acompañados o separados que llegan a España procedentes de países en conflicto o en los que pueden identificarse actos de persecución. Y ello, justamente por las dificultades que la condición de niño o niña conllevan para, como sustentan, hacer efectivo el derecho a buscar protección fuera de su país y la falta de atención sustantiva que la normativa internacional e interna presta a dicha condición o que, de prestarla en determinados aspectos, no tiene recorrido en la práctica. Como sucede, por ejemplo, ante la falta de desarrollo reglamentario de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, o los problemas de compatibilidad, como se verá, con el Derecho de la UE. Incluso deriva de las propias dificultades cuando la normativa presta escasa o inexistente atención a la condición de niño o niña. A tal efecto, desde un inicio, en las primeras páginas del libro, las autoras nos introducen en las problemáticas que presenta la definición de refugiado de la Convención de Ginebra de 1951 y de la Directiva 2011/95/UE cuando el solicitante de asilo es un niño. Definición que, por otra parte, cabe señalar incorpora el Reglamento (UE) 2024/1347 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre 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 que pueden acogerse a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida. Este es uno de los instrumentos normativos aprobados en el paquete normativo en el marco del Pacto de la Unión Europea sobre Migración y Asilo (posterior a la publicación del libro), y que en su condición de reglamento dará que hablar sobre el impacto que supondrá en el sistema español de respuesta a los niños y niñas no acompañados y separados demandantes de protección internacional (eso se espera).

Así, el recorrido de la obra, desde lo procedimental a lo sustantivo, apuesta convenientemente por una mirada que focaliza su atención, en todo momento y de forma secuencial (lo que

sustenta la estructura de las cuatro partes que integran la obra), en el peregrinaje en el que estos niños y niñas, susceptibles de ser potenciales solicitantes de protección internacional, se encuentran sumergidos, y que pasa por la necesaria detección de las necesidades de protección internacional. Y ello, ante un escenario en el que honestamente se nos indica que, como ocurre en los estudios sobre infancia migrante, se parte de una ausencia de datos fiables (tan necesarios para reivindicar las mejoras normativas que se precisan), de un laberinto normativo de distintos niveles (con los déficits y retos a los que hemos aludido) y de la falta de un necesario mecanismo de coordinación (que se exige).

Y es que, la idea, como nos exponen las autoras, es avanzar hacia un estadio en el que pasemos de entender que el sistema de protección de menores es sustitutivo del de protección internacional a concebir que ambos sistemas resultan perfectamente compatibles. Un avance que las autoras logran a través de un estudio omnicomprendivo, en el que nada queda fuera de su análisis, en un sólido compromiso por el trabajo que han realizado, en el que la metodología participativa (detallada en la obra) y la visión holística por la que apuestan nutre y enriquece, sin lugar a dudas, el enfoque jurídico planteado, así como al abordaje de las soluciones y recomendaciones que plantean. Tanto es así, que ello las ha llevado a no aparcarse a otra de las realidades de estos menores que solicitan asilo o que podrían solicitarlo y que incrementa su vulnerabilidad para poner el cierre a su estudio. Esto es cuando el niño o niña es víctima de trata de seres humanos, especialmente cuando la explotación a la que se ven sometidos es sexual, apostando por dar visibilidad a los puntos de intersección que confluyen cuando desgraciadamente un menor es víctima de trata y a la vez solicitante de asilo.

Ya entrando en la estructura de contenidos de la obra, el libro, tal y como se ha indicado, se organiza en cuatro partes que están presentes en las implacables conclusiones finales a las que se suman un decálogo de interesantes recomendaciones, cuya utilidad para afrontar una reforma del sistema es innegable. Y que también, añadimos en el contexto actual, constituye un excelente punto de partida para abordar el futuro mediato en el escenario del Pacto de la Unión Europea sobre Migración y Asilo, algo a lo que, sin atisbo de dudas, animamos a sus autoras, en su condición de especialistas y como reconocimiento al trabajo realizado.

A continuación, destacaremos algunas de las aportaciones más relevantes que hemos ido anotando, con especial interés, de cada una de las partes.

La primera parte focaliza su atención en la evaluación de las necesidades específicas de protección (una vez que en las cuestiones generales nos ha introducido en ellas), en la que el interés superior del niño insta a que dichas necesidades se detecten tempranamente, lo cual precisa institucionalizar un procedimiento de detección en atención a lo que las autoras señalan como los riesgos ambientales, que requeriría una adaptación de lo que se entiende como situaciones de persecución, debido al modo distinto en que las experimentan los niños a diferencia de los adultos, tal y como advierte ACNUR; los factores de riesgo individual en el caso de cada niño o niña y otros factores de vulnerabilidad que se suman a su persona (como, por ejemplo, ser víctima de explotación sexual), identificándose, a su vez, tres espacios de evaluación y detección. 1) El acceso al territorio y las medidas iniciales, volcándose en las particularidades que presentan las llegadas por tierra, mar y aire. 2) El espacio de la

primera acogida, con una atención específica a las dificultades en los territorios en los que la presión migratoria es mayor, denunciando especialmente las dificultades para su detección cuando las tasas de ocupación son superadas con números insostenibles, las problemáticas de los procedimientos de determinación de la edad y el lastre que supone la falta de formación. 3) El espacio propiamente de la acogida, que se da cuando se deriva al niño o niña a centros de protección en los que, si bien disponen de mayores condiciones para evaluar y detectar las necesidades, entran en juego otros condicionantes que lo obstaculizan de nuevo. Esto es la falta de acceso a la información y a la asistencia letrada, la no existencia de coordinación entre los diferentes actores que participan de la atención de los niños y niñas y, como no, la falta de recursos para atenderles cuando presentan circunstancias de extrema vulnerabilidad. Distinta y especial complejidad, advierten las autoras, se da en el acceso al ejercicio de sus derechos como solicitantes de asilo en tres supuestos particulares relacionados con la edad en casos de minoría de edad: cuando llegan y se declaran mayores de edad, cuando llegan y se presentan con documentación falsa de la que se desprende que son mayores de edad (una práctica habitual se señala en los supuestos de trata que permiten al niño o niña escapar de dicha situación), así como en aquellos en los que se decreta por el Ministerio Fiscal que son mayores de edad. La derivación en estos supuestos a centros para personas adultas, concluyen, implica que el niño o la niña tenga a su disposición recursos destinados para atender a los adultos solicitantes de asilo, como es la asistencia jurídica, pero veta a que puedan acceder al sistema de protección internacional como menores, aunque lo sean. No se prevén, en consecuencia, canales que de forma coordinada permitan puentes que atiendan a sus necesidades específicas.

La segunda parte ajusta el examen al procedimiento de protección internacional. En el mejor de los escenarios en el que, a pesar de lo anterior, se hayan detectado las necesidades de protección internacional, el niño o niña va a verse imbuido en todo lo que comporta acceder al procedimiento de asilo. El análisis se centra en examinar el modo en que se materializa el interés superior del niño en las distintas manifestaciones en las que la normativa alude a éste (internacional, europea y nacional) en atención a las garantías procedimentales para los casos de infancia no acompañada, ya sea en la fase de acceso al procedimiento; en la toma de decisión sobre solicitar la protección internacional (en la que nuevamente se refiere a la información distorsionada que manejan las personas involucradas en la atención directa de estos menores, evidenciándose el impacto de hasta seis creencias erróneas); en la presentación de la solicitud; en las dificultades para acceder a la asistencia letrada especializada e individualizada aunque exista; en los obstáculos principales de la entrevista que se realiza al menor, resultando ser la primera y de gran envergadura que esta no debería realizarse, como avisan que ocurre en la práctica, por el Cuerpo Nacional de Policía, y en la falta de desarrollo de medidas concretas que adapten el procedimiento de asilo cuando se trata de infancia no acompañada, así como el problema de los datos sobre las resoluciones de asilo que ya fue puesto de relieve en la introducción. Si bien, se señala que el incumplimiento en España de la Directiva 2013/32/UE, conocida como la Directiva de procedimientos, a la que se suma la ausencia del desarrollo reglamentario de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, es muestra de las deficiencias que plantea el procedimiento, añadimos, tras las reflexiones que nos plantean las autoras sobre, por ejemplo, las entrevistas o las garantías para los menores no acompañados, o incluso, teniendo en cuenta la determinación de la edad (abordada en la primera parte) si el nuevo contexto en el

que estamos, en el paquete de normativas aprobadas en el marco del Pacto sobre Inmigración y Asilo, promoverá su articulación en un escenario más acorde con lo que demanda el estudio. Ello, en atención a lo previsto en el Reglamento (UE) 2024/1348 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional en la Unión y se deroga la Directiva 2013/32/UE, aplicable a partir de 12 de junio de 2006, y que será de aplicación directa, aun el pesimismo que las autoras denotan en el momento en el que se gesta el estudio teniendo en cuenta las trabas durante la negociación del proceso de reforma del SECA.

La tercera parte se sitúa en la búsqueda de soluciones *duraderas* (la cursiva es nuestra para enfatizar la razón de ser de la tercera parte de la obra). Tres son las soluciones de las que parten las autoras. Por una parte, la consideración como primordial del interés superior del niño que implica necesariamente un procedimiento que cuente con unas garantías procesales *estrictas*, procedimiento que por otra parte adolece en el caso de España, en el que se parte, de la segunda de las soluciones pero que se presenta con carácter prioritario; el establecimiento o restablecimiento de la unidad familiar, siempre que no resulte contrario al interés superior del niño, distinguiéndose si se da antes (repatriación o reintegración en la familia fuera del país de origen), durante (con aparente escaso impacto en atención a los números) o después del reconocimiento (extensión de la protección internacional o reagrupación familiar) de la protección internacional. Finalmente, como fórmula de solución duradera aborda la importancia que recibe la inclusión en la sociedad acogida, poniendo de nuevo de manifiesto las carencias de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, a las que nuevamente se une la falta de desarrollo reglamentario de dicha ley y que, en 2022, se encauza a través del RD 220/2022, de 29 de marzo por el que se regula dicha acogida en materia de protección internacional, adentrándose en los aspectos que a su juicio resultan ser más controvertidos. Un sistema que ahora deberá ser objeto de examen en atención a su compatibilidad con la Directiva (UE) 2024/1346 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por la que se establecen normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional, cuyo plazo máximo de transposición está previsto para el 12 de junio de 2026.

Y, si bien podían haber completado su estudio con estas tres partes, las autoras, en esa voluntad de ofrecer un análisis completo, apuestan, como hemos advertido, por una cuarta parte, que aborda el caso específico de la infancia no acompañada en procesos de trata y protección internacional y que, de forma transversal, han ido apareciendo en las otras partes de la obra. La búsqueda de una solución duradera pasa por poner de relevancia lo que implican las pruebas de determinación de la edad en estos supuestos, la identificación de las situaciones de trata y la atención de la distinta casuística en función de la necesidad específica de protección internacional detectada, que navega por el laberinto de las normas de extranjería y los cauces que este ofrece, en el que nuevamente asalta la cuestión sobre la falta de recursos. Esto es, como se señala, que la falta de centros de acogida especializados en víctimas de trata de menores y su derivación a centros de protección o mixtos dificulta nuevamente la detección y la gestión de sus necesidades.

Y finalmente, como cierre de la recensión, no podemos dejar de pronunciarnos sobre aspectos que conciernen a la autoría del libro. Y es que cabe destacar que se trata de un estudio en el que, aunque estamos ante una obra en la que han participado diferentes autoras, es evidente

que se ha escrito a cinco manos. En consecuencia, no se trata de compartimentos estancos de análisis. Nos situamos ante una obra en la que las autoras logran una simbiosis que llevan al lector al convencimiento que se encuentra ante una única persona interlocutora. La dificultad que ello supone, especialmente, en un objetivo tan complejo y gratamente ambicioso, merece una especial felicitación y no solo por la complicidad y respeto que por el trabajo se requiere del otro, sino precisamente por la aportación que ello supone para que su estudio pueda ser la referencia para los cambios que se precisan y que las autoras han evidenciado, así como, tal y como afirman, ser un instrumento eficaz dirigido a los prácticos del Derecho en su labor de defensa de los derechos humanos de estos niñas y niñas.

Diana Marín Consarnau
Universitat Rovira i Virgili

OBREGÓN FERNÁNDEZ, A., *Noción de terrorismo internacional. Estudio del marco jurídico vigente y una propuesta de definición con vocación omnicomprendiva*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023, 236 pp.

La monografía que comentamos, de la autoría del Dr. Aritz Obregón Fernández, aborda la difícil cuestión de la definición del terrorismo internacional, un fenómeno que sigue ocupando y preocupando a Estados y Organizaciones internacionales. Si bien es cierto que con la derrota territorial del *Dáesh* esta amenaza a la paz y seguridad internacionales ha perdido protagonismo mediático en favor de otras crisis y conflictos, los informes que analizan la evolución de esta amenaza apuntan a la constatación de que los grupos terroristas que adquieren una base territorial se localizan cada vez más cerca de nuestra frontera sur. Así, a pesar del tiempo transcurrido y las energías invertidas en la prevención y represión de este fenómeno, hace más de una década que los Estados no han realizado ningún avance significativo en la definición del terrorismo internacional que está, como se sabe, en la base de muchas de las dificultades en la lucha contra esta lacra internacional.

Ante esta preocupante realidad, el objetivo precisamente de esta obra es un intento de construcción y aprehensión del concepto de terrorismo internacional a través de la labor realizada por los Estados, Organizaciones internacionales, tribunales internacionales y la doctrina iusinternacionalista, proponiendo una definición jurídica conformada por los elementos constitutivos del fenómeno que sea susceptible de concitar consenso generalizado de la comunidad internacional. Además, el Dr. Obregón indaga también en algunos aspectos que trascienden el ámbito jurídico de la definición, como la dimensión comunicativa del terrorismo, para llegar a una definición holística del terrorismo internacional que facilite una comprensión integral del fenómeno.

La obra cuenta, precedida de una oportuna introducción, se compone de dos capítulos equilibrados, y se cierra con unas conclusiones que condensan los principales elementos de la investigación realizada.

El primer capítulo, dividido en dos apartados muy marcados, comienza con una aproximación al fenómeno del terrorismo internacional abordando tres aspectos. En primer lugar, el autor analiza la evolución histórica del fenómeno, en la que alerta de la ignorancia del terrorismo estatal en favor de la atención tan sólo a los actos terroristas de actores no estatales, y examina las distintas olas terroristas sucedidas a lo largo del último siglo e, incluso, reflexiona sobre la naturaleza de la siguiente ola terrorista, que sustituirá a la actual ola de carácter yihadista. En segundo lugar, el capítulo explora las dificultades epistemológicas que se derivan de abordar el estudio de esta noción. En este apartado, entre otras cosas, el autor incide en la posible instrumentalización política del término, en la medida en la que se trata de una noción que legitima a quien la emplea y deslegitima a quien recibe la etiqueta de terrorista. Finalmente, concluye la aproximación al fenómeno con una justificación más que convincente de la necesidad de una definición del fenómeno.

Una vez introducidos en la cuestión, el segundo apartado del primer capítulo constata la inexistencia de una definición jurídica generalmente aceptada del terrorismo internacional, recurriendo para ello al análisis del proyecto de convenio general sobre el terrorismo interna-

cional, largamente bloqueado, así como la definición consuetudinaria propuesta por el Tribunal Especial para el Líbano en 2011. A continuación, el autor desgana la solución sectorial por la que optaron los Estados y Organizaciones internacionales para superar la falta de una definición general del terrorismo internacional, a fin de identificar los elementos constitutivos del fenómeno que se han ido consensuando con el paso de los años. En este sentido, no sólo examina las aportaciones de los tratados internacionales universales y regionales sobre la materia, sino también los actos adoptados por Naciones Unidas y Organizaciones internacionales regionales, tales como la definición contenida en la resolución anual de la Asamblea General para la eliminación del terrorismo internacional; la definición operativa propuesta por el Consejo de Seguridad en su Resolución 1566 (2004); la definición de la Unión Europea contenida en la Directiva 2017/541; o las diferentes formulaciones desarrolladas en las Leyes Modelo de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), la Unión Africana y la Commonwealth.

A partir de los elementos extraídos de los marcos jurídicos de prevención y represión del terrorismo internacional, de la jurisprudencia internacional y de la doctrina, en el segundo capítulo se analiza en profundidad la aceptación general de los siete elementos que el autor entiende como nucleares para la comprensión del terrorismo internacional. En primer lugar, los objetivos estratégicos del fenómeno, que siempre presentan una dimensión política en sentido amplio. En segundo lugar, el elemento ideológico u objetivo mediato, esto es, el terror o miedo extremo que se genera a través del acto terrorista; en este punto, el Dr. Obregón defiende que los Estados han normativizado este elemento subjetivo bajo la fórmula “intimidar a la población y/o coaccionar al Gobierno u Organización internacional”. En tercer lugar, el propio acto terrorista, con una naturaleza absolutamente diversa, siempre condicionado por el contexto en el que tiene lugar y de las capacidades de los autores de la acción. En cuarto lugar, los autores de los actos terroristas: individuos, grupos terroristas sin vínculo estatal alguno y Estados. En quinto lugar, las víctimas directas de los actos terroristas y las víctimas indirectas del terror generado por las acciones terroristas, un público más amplio que las víctimas directas. Al igual que ocurre con los actos terroristas, el autor evidencia que, si bien hay grupos terroristas que se centran en atacar a civiles, los objetivos pueden ser muy diversos, pudiendo existir objetivos simbólicos o de oportunidad. En sexto lugar, la dimensión comunicativa del fenómeno y su relevancia para poder calificar una acción de terrorista. Este elemento pone en valor la necesidad de que los autores del acto publiciten sus acciones para que sea conocida por un público mayor que los testigos directos y pueda generar el estado de terror pretendido. Finalmente, en séptimo lugar, identifica el elemento de internacionalidad, con una plasmación normativa y aportaciones doctrinales muy diferenciadas. Así pues, en un contexto en el que prácticamente toda acción es transnacional, el autor indaga sobre nuevas conceptualizaciones que permitan identificar el terrorismo que meramente ha transnacionalizado su actividad de los que presenten una auténtica dimensión internacional. A lo largo de los análisis de estos elementos, en los que da cuenta del grado de aceptación de cada elemento, el autor esboza lo que, en su opinión, es la clave para el logro de una definición omnicompreensiva del terrorismo internacional: la interconexión del acto terrorista, el objetivo mediato y objetivo estratégico.

Como apuntamos, el segundo capítulo finaliza proponiendo dos definiciones del fenómeno. Por un lado, una definición “jurídica omnicompreensiva” que contendría los elementos consti-

tutivos del terrorismo internacional que tenga visos de ser aceptada por el conjunto de Estados y Organizaciones internacionales de la comunidad internacional, cuya formulación, conforme a su autor, sería la siguiente: “todo acto transnacional constitutivo de delito que tenga por objeto dañar gravemente, con el fin de intimidar a la población y/o coaccionar al Gobierno u Organización internacional para el logro de unos objetivos estratégicos”.

Por otro lado, la definición “holística”, orientada a ir más allá de los compromisos que exige la búsqueda del consenso, aportando una noción que permita aprehender de manera integral el terrorismo internacional. La plasmación de dicha definición para el autor es la siguiente: “conjunto de actos violentos, sistemáticos, constitutivos de delito, con una dimensión comunicativa y efectos internacionales, que dañen gravemente la vida o bienes materiales e inmateriales con el objetivo de aterrorizar o generar miedo extremo, es decir, intimidar a la población y/o coaccionar al Gobierno u Organización internacional, para el logro de objetivos finales de carácter político en un sentido amplio, por parte de individuos, actores no estatales o Estados”.

La monografía del Dr. Obregón, en definitiva, es una obra rigurosa, pertinente y oportuna. El valor de la misma viene dado, por un lado, por contribuir con una definición omnicompreensiva que se fundamenta en los consensos que han ido gestando Estados, Organizaciones internacionales, jurisprudencia internacional y doctrina, evitando convertirse en una definición más en el océano de definiciones particulares sobre el fenómeno. Y, por otro lado, porque el autor, identificando claramente los elementos en los que no existe consenso, propone otros que, si bien no están llamados a formar parte de la definición jurídica del terrorismo internacional, permiten comprender en profundidad este triste fenómeno.

Ana Salinas de Frías
Universidad de Málaga

PALAZÓN GARRIDO, M. y SÁNCHEZ LORENZO, S.A. (Dirs.), *Registro de la Propiedad y Registro Mercantil ante las situaciones privadas internacionales*, Aranzadi, Las Rozas (Madrid), 2024, 618 pp.

Con demasiada frecuencia, las cuestiones registrales se presentan como un apéndice en la parte final del tratamiento de los problemas sustantivos, tanto en el ámbito civil como en el mercantil. En la práctica, sin embargo, el acceso al registro suele ser el núcleo de la operación o negocio de que se trate, de tal forma que si la inscripción no se consigue todo el resto será inútil. En otros casos, los efectos de la publicidad registral serán esenciales en la decisión del caso, por lo que su tratamiento será necesario en el análisis del régimen sustantivo de la cuestión jurídica de que se trate.

El DIPr registral; esto es, el análisis de las operaciones registrales que presentan vínculos con varios ordenamientos, no se aparta de lo anterior. El acceso al registro suele ser o el fin último de la operación (piénsese, por ejemplo, en las transformaciones societarias internacionales) o un elemento clave en la resolución de los problemas sustantivos (publicidad registral del régimen económico del matrimonio o de determinadas titularidades reales), por lo que lo adecuado es una consideración conjunta de los problemas sustantivos y registrales. Además, en los supuestos internacionales nos encontramos con el problema de que la intrínseca territorialidad de los registros y su estricta vinculación al ordenamiento que los ha creado ha de hacerse compatible con el reconocimiento de decisiones extranjeras, la admisibilidad de documentos otorgados en el extranjero y la aplicación o consideración de derechos diferentes de la ley registral. No es extraño que este ámbito sea uno de los que más ejemplos proporcionan para temas como la calificación o la adaptación.

Pese a lo anterior, no abundan los trabajos que aborden los problemas de los registros públicos en el contexto de las operaciones a las que sirven no como meros anexos; sino a partir de la inescindible vinculación entre cuestiones registrales y sustantivas; una ausencia que se aprecia tanto a nivel interno como internacional. Es cierto que también existen obras dedicadas específicamente a las cuestiones registrales, y que son de gran utilidad; pero en estas, también con cierta frecuencia –y no es reprochable– el detalle de la dinámica registral y, en los últimos lustros, las cuestiones técnicas derivadas de la digitalización y conexión electrónica de los registros oscurecen los planteamientos sustanciales.

La obra que dirigen la profesora Palazón Garrido y el profesor Sánchez Lorenzo no responde a ninguno de los dos tipos más frecuentes que se acaban de comentar; sino que aborda la problemática registral internacional en el contexto sustantivo que le es propio equilibrando de forma meritoria el tratamiento de los aspectos específicamente registrales con el de los problemas de fondo en los que se enmarca la cuestión registral. Se trata del trabajo final de un proyecto de investigación singular, pues se vincula al trabajo que durante más de una década han desarrollado los integrantes del grupo respondiendo a las consultas que les formulaban los registradores españoles a través del convenio firmado entre la Universidad de Granada y el Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España. Es pues, una obra que bebe de la práctica y que es ejemplo de cómo la transferencia de conocimiento a la sociedad y la investigación se alimentan recíprocamente.

El trabajo es una obra colectiva en la que se aborda una selección de problemas que, tal y como se explica en el prefacio del trabajo, responden tanto a las cuestiones planteadas por los registradores como a una encuesta dirigida a estos profesionales y dirigida a perfilar cuáles eran los sectores más problemáticos en la práctica registral internacional. El resultado es un libro colectivo, que trata una diversidad de problemas y en el que, pese a las inevitables particularidades derivadas de la pluralidad de autorías y de la variedad de materias, mantiene una encomiable armonía en el planteamiento y resolución de los problemas abordados.

La obra consta de cuatro partes: una primera dedicada a aspectos generales; la segunda, que se ocupa del régimen económico matrimonial; la tercera, que tiene por objeto las sucesiones y una cuarta parte centrada en los derechos y garantías reales. Mientras las partes dos, tres y cuatro se ajustan perfectamente a sus títulos y, además, como veremos, transitan con naturalidad de la una a la otra, la primera es más bien un “otros aspectos”; puesto que si bien la primera contribución, de la que es autor Sixto Sánchez Lorenzo, sí que responde a un problema general que afectará a todas las materias con transcendencia registral (la eficacia de los poderes de representación voluntaria otorgados en el extranjero), el segundo capítulo de esta parte hace un repaso a la principales problemáticas societarias con transcendencia registral, siendo la única contribución específicamente dedicada al registro mercantil en el libro que reseñamos. En cualquier caso, ambos capítulos, con independencia del título de la parte en la que se insertan, son extraordinariamente valiosos. El relativo a la eficacia de los poderes de representación otorgados en el extranjero aborda las diferentes perspectivas relevantes en lo sustancial (ley aplicable a la forma, incidencia de normas imperativas, control de equivalencia y suficiencia) así como su proyección en el difícil equilibrio entre las funciones de notarios y registradores, un problema de imprescindible consideración para la inteligencia de la práctica notarial y registral. El capítulo sobre sociedades y registro mercantil –del que es autor Ángel María Ballesteros Barros– hace un repaso completo y actualizado de los principales problemas que se plantean en ese ámbito.

La segunda parte del libro trata del régimen económico matrimonial e incluye tres contribuciones. La primera de ellas, de la que es autor Gabriel Alonso Landeta, pone en relación el Reglamento 2016/1103 (no el 2016/1103, como erróneamente consta en el título de la contribución) con el registro civil y el registro de la propiedad. Sirve, por tanto, de adecuada introducción para las otras dos contribuciones en esta parte, más específicas, y que se ocupan, en primer lugar, del reconocimiento e inscripción de la liquidación del régimen económico matrimonial con motivo de un divorcio (de la que es autora Gisela Moreno Cordero) y de la regulación de las relaciones patrimoniales entre cónyuges y sucesiones desde la perspectiva del derecho angloamericano, que es obra de Miguel Checa Martínez. En el capítulo dedicado a la inscripción de la liquidación del régimen económico matrimonial se parte de los problemas que ha puesto de relieve la práctica y se hace un estudio detallado de las relaciones entre los distintos instrumentos reguladores del reconocimiento de documentos (pp. 234 y ss.); como se sabe, una cuestión que ha provocado un vivo debate en la doctrina española. El trabajo de Miguel Checa, por su parte, incide en una cuestión que se plantea con frecuencia en la práctica española: el régimen de las relaciones entre cónyuges o sucesorias conectadas con derechos angloamericanos; esto es, con el *Common Law*. El capítulo detalla las particularidades de la regulación anglosajona y se ocupa de su proyección en operaciones sobre las que conozcan

autoridades españolas y en las que haya que aplicar bien reglamentos de la Unión Europea o normativa de origen interno español; sin que falte un epígrafe dedicado al *trust*. Al tratar tanto de los aspectos relativos a las relaciones entre cónyuges como a las sucesiones sirve de puente adecuado para la tercera parte del libro, que está dedicada a las sucesiones *mortis causa* y se compone de cuatro capítulos. El primero se ocupa de la determinación de la ley sucesoria y de su ámbito de aplicación. Su autora es Isabel Rodríguez-Uría Suárez. El segundo, trata del papel del registro de la propiedad español en las sucesiones europeas y es obra de Rosario Jiménez Rubio. El tercero, de la autoría de Rosa Miquel Sala, se centra en el régimen de los pactos sucesorios y el cuarto capítulo de esta parte tiene por objeto el reenvío y la remisión a un sistema plurilegislativo en materia sucesoria, habiendo sido escrito por Carmen Ruiz Sutil. En esta parte, tanto el primer como el último trabajo sirven para enmarcar los dos centrales, que entran de manera directa en las cuestiones registrales, manteniendo así el equilibrio que comentábamos al principio entre los aspectos sustanciales de la regulación y la proyección de estos sobre el registro; en este caso, el registro de la propiedad. Aparte de los problemas de la práctica que aparecen detallados en los diferentes capítulos, es de destacar el tratamiento de la relación entre el reglamento europeo de sucesiones (Reglamento 650/2012) y la regulación de los derechos reales en los distintos estados, un tema que aparece en el capítulo del que es autora Isabel Rodríguez-Uría Suárez (pp. 328 y ss.), en el de Rosario Jiménez Rubio (pp. 353 y ss.), y en el de Rosa Miquel Sala (pp. 408 y ss).

La última parte del libro se dedica a los derechos y garantías reales, en incluye tres capítulos. El primero, del que es autora María Luisa Palazón Garrido, trata de la adaptación de los derechos reales constituidos en el extranjero; el segundo, escrito por Klaus Jochen Albiez Dohrmann, se ocupa de las operaciones de crédito inmobiliario de consumo con hipoteca constituida en el extranjero; y el tercero, obra de Anabel Fraga Vázquez y Jesús Camy Escobar, se ocupa de IMOLA, el modelo de información interoperable para los registros de la propiedad europeos y que también puede emplearse en los registros mercantiles. Se trata de tres trabajos que parten de perspectivas diferentes, pero complementarias. El último de ellos entra en los proyectos existentes para conseguir la interoperabilidad de los registros europeos, lo que exige consensuar la estructura de la información registral y de los términos empleados (modelo semántico común); así como la puesta en funcionamiento de plataformas que permitan la introducción, compartición y acceso a la información (incluyendo qué información será gratuita y cuál exigirá algún tipo de pago). El segundo trabajo, el relativo a las operaciones de crédito inmobiliario de consumo, analiza en detalle los múltiples problemas que se han planteado con relación a este tipo de operaciones, mientras que el primero, obra de María Luisa Palazón Garrido, aborda uno de los problemas nucleares tanto del DIPr del registro como del DIPr en general: la adaptación de los derechos reales constituidos en el extranjero; una operación que no puede realizarse sin una previa operación de calificación (pp. 503 y ss.) que tenga en cuenta los distintos acercamientos sustanciales, en los diferentes derechos, al concepto “derecho real” (pp. 488 y ss.); para de ahí pasar propiamente al mecanismo de adaptación, que nos enfrenta al clásico problema de la disyuntiva entre los sistemas de *numerus clausus* y *numerus apertus* en el catálogo de derechos reales.

La obra en su conjunto es extraordinariamente rica en problemas y con una enorme variedad de perspectivas, tal y como he intentado mostrar en la reseña. Su anclaje en la práctica y la

forma en que combina el tratamiento puramente registral con los problemas sustanciales que le sirven de contexto debería ser modelo para futuras contribuciones. Como en toda obra colectiva, cada autor aporta su propia personalidad al trabajo, y esto hace que algunos problemas sean tratados en varios de los capítulos, lo que permite comparar diferentes perspectivas sobre los mismos; así, por ejemplo, en lo que se refiere a la posibilidad de aplicar las disposiciones de ciertos derechos civiles españoles diferentes del denominado común con relación a personas que no tienen dicha vecindad (pp. 400 y ss. y 466 y ss.) o, como ya se había indicado, sobre la relación entre el reglamento de sucesiones y los derechos reales. Esta variedad hubiera permitido la elaboración de un capítulo conclusivo que reuniera las aportaciones más significativas en cada uno de los trabajos y resaltando aquellos problemas que, como hemos visto, se repiten en varios de ellos. Esta ausencia, sin embargo, será suplida por el lector interesado, que encontrará en esta obra una herramienta imprescindible para al análisis del derecho registral internacional.

Rafael Arenas García
Universitat Autònoma de Barcelona

SANTOS VARA, J., *El Nuevo Pacto de la Unión Europea sobre Migración y Asilo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, 169 pp.

La presente monografía, resultado de un proyecto de investigación del que el autor es investigador principal, tiene un *objeto de investigación* bien definido y desarrollado desde el principio: el análisis de las principales novedades previstas en el *Nuevo Pacto de la Unión Europea sobre Migración y Asilo* y, en particular, las propuestas legislativas que lo acompañan, con el objetivo de determinar si el paquete legislativo –presentado en septiembre de 2020 y adoptado finalmente en mayo de 2024– tiene el potencial de introducir una gestión más homogénea y predecible del Sistema Europeo Común de Asilo (el denominado SECA). Todo ello con el fin de que la UE pueda hacer frente a los desafíos geopolíticos a los que se enfrenta en el ámbito de la política de inmigración y asilo.

Como advierte el profesor Santos Vara, esta obra no pretende llevar a cabo un estudio detallado de un conjunto de propuestas legislativas las cuales finalmente se han formalizado en diez actos legislativos –en su mayoría, reglamentos–, y que en su versión final se extiende a unas 2000 páginas de texto. Así pues, esta obra examina las innovaciones más importantes que ha presentado la Comisión en su paquete normativo, en fase de propuesta legislativa, si bien la gestación de estas propuestas resulta extremadamente útil para entender el resultado final de los actos legislativos adoptados.

El origen de este Pacto se remonta a 2020, cuando la Comisión presentó un conjunto de nuevas propuestas normativas destinadas a reformar el sistema de asilo de la UE como “un nuevo comienzo” dado que el SECA, tal como está diseñado, “ya no funciona”. La propuesta de la Comisión trae causa de la llamada “crisis de los refugiados” de 2015, contenida en 2016 pero con réplicas en años sucesivos, que produjo fuertes divergencias entre los Estados miembros en la gestión de los flujos migratorios. Tras cuatro años de negociaciones, y pospuesta su publicación progresivamente, finalmente en abril de 2024 el Pacto recibió el apoyo de las Instituciones europeas (el Parlamento Europeo la aprobó por una exigua mayoría) y fue publicado en mayo del mismo año.

La obra se estructura en IV capítulos y en unas conclusiones finales. En el Capítulo I se aborda el diseño e implementación del SECA, haciendo hincapié en sus consabidas carencias, entre las que destaca: la ausencia de un mecanismo permanente de solidaridad que garantice el reparto de responsabilidades entre los Estados miembros; la disfuncionalidad del sistema de Dublín para la tramitación de las solicitudes de asilo; y la falta de mecanismos específicos para afrontar situaciones de excepcionalidad migratoria. El objetivo de la reforma del Pacto es ayudar a gestionar la inmigración irregular, y en particular, a la parte de ésta que solicita asilo a través de un sistema de protección internacional basado en la solidaridad y la responsabilidad compartida, si bien los Estados miembros interpretan de manera diferente ambos conceptos, muy en particular cuando se plantea la reforma del sistema de Dublín.

El Capítulo II aborda una cuestión conflictiva, a saber, la “ficción jurídica” de introducir un control previo a la entrada de los nacionales de terceros Estados en las fronteras exteriores. Se estudia la Propuesta de Reglamento por el que se introduce un control de los nacionales de terceros Estados en las fronteras exteriores, y cuyo objetivo es acelerar el proceso de determina-

ción del estatuto jurídico de todos los inmigrantes para que puedan ser redirigidos rápidamente al procedimiento adecuado. En este cometido, se examina el rol atribuido a las agencias de la UE –Frontex y la nueva Agencia de Asilo de la Unión Europea que, desde 2021, reemplaza a la EASO– en la fase previa a la entrada en el territorio de la UE, que consiste en un “cribado” de nacionales de terceros países o apátridas en las fronteras exteriores, así como el problema de la atención legal a las personas objeto de este procedimiento de cribado. En este sentido, señala el autor que la única aportación novedosa se refiere a la obligación de someter a los nacionales de terceros países a un examen médico con vistas a detectar cualquier necesidad de asistencia o aislamiento por motivos de salud pública, una práctica que la generalidad de los Estados miembros introdujo *de facto* en el contexto de la pandemia de la COVID-19.

A continuación, se aborda el principal problema que encierra esta Propuesta de Reglamento, la cual implica que diferentes categorías de migrantes, incluidos los solicitantes de asilo, deban permanecer en lugares situados en las fronteras exteriores o cerca de ellas, durante un período de tiempo, mientras se examina su solicitud. En la Propuesta no se clarifica cómo se organizaría la recepción de los inmigrantes durante la evaluación de sus circunstancias personales; es decir, si se instalarán en zonas de tránsito, *hotposts* u otro tipo de instalaciones y tampoco se especifica si estarían detenidos o no durante ese período de tiempo. Finalmente, para efectuar un rápido control de identificación, seguridad y salud en la frontera exterior y dirigir a los nacionales de terceros países y apátridas a los procedimientos pertinentes, se ha adoptado el “Reglamento sobre triaje de nacionales de terceros países en las fronteras exteriores” (adoptado como Reglamento (UE) 2024/1356), que establece que dicho “traje” debe llevarse a cabo, en el marco del “procedimiento fronterizo de asilo”, cerca de las fronteras exteriores o en la propia frontera durante un período máximo de siete días y se aplicará a las personas que, pese a no cumplir las condiciones de entrada en la UE: a) hayan cruzado una frontera exterior por tierra, mar o aire; b) hayan sido llevadas a tierra tras una operación de búsqueda y salvamento en el mar; o c) hayan sido interceptadas dentro del territorio, si eludieron los controles en las fronteras exteriores (excepcionalmente, en tal situación, el control debe efectuarse en el plazo de tres días). Como señala el autor, uno de los déficits de este procedimiento de “cribado” en frontera es que no se incluyan normas precisas sobre el estatus jurídico de las personas detenidas a la entrada, lo que puede incentivar prácticas ilegales, como devoluciones en caliente y expulsiones colectivas. Para paliar este déficit, el “Reglamento sobre triaje” establece que cada Estado miembro debe crear un “mecanismo de supervisión independiente” para garantizar que se respeten los derechos fundamentales en todo el proceso de cribado, el cual también se utilizará para supervisar el cumplimiento del principio de no devolución y de las normas nacionales sobre detención cuando éstas se apliquen durante la fase de control previa a la entrada. A la espera de que cada Estado concrete qué tipo de mecanismo establece, no está claro cómo se puede prevenir el riesgo de fuga sin que se recurra de manera generalizada a la detención en los centros situados en las fronteras exteriores o cerca de ellas (p. 154).

El Capítulo III analiza si la reforma del SECA propuesta va a permitir a la UE dotarse de una auténtica política común de asilo y salir del punto muerto en el que se encuentra. En primer lugar, se presta atención a las implicaciones que se pueden derivar del recurso sistemático al “procedimiento fronterizo de asilo” previsto en la Propuesta de Reglamento por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional en la Unión, cuyo

objetivo es suplir las lagunas existentes entre los controles en las fronteras exteriores y los procedimientos de asilo y retorno (finalmente adoptado como Reglamento (UE) 2024/1348, y que deroga la Directiva 2013/32/UE). La aplicación obligatoria de un procedimiento de asilo en frontera, junto con la puesta en marcha de un procedimiento acelerado, en relación con los solicitantes provenientes de terceros países con una tasa de reconocimiento muy baja resulta problemática, ya que puede aplicarse en situaciones de crisis migratoria, conforme al Reglamento de crisis y fuerza mayor (Reglamento (UE) 2024/1359). Por tanto, es probable que las disposiciones relativas a la aplicación obligatoria del procedimiento fronterizo de asilo tengan un impacto significativo en los países mediterráneos, objeto de una mayor presión migratoria, que se verían obligados a crear grandes centros de recepción de solicitantes de asilo en los que, *de iure* o *de facto*, estarán detenidos.

En segundo lugar, se examina si el nuevo Reglamento sobre la Gestión del Asilo y la Migración implica realmente abandonar el sistema de Dublín. A tal efecto, se advierte que el contenido de la Propuesta de Reglamento, recogida finalmente en el Reglamento (UE) 2024/1351, refleja en gran medida el régimen jurídico actual, puesto que el criterio del Estado de primera entrada sigue siendo el factor más relevante para determinar el Estado miembro responsable de examinar la solicitud de protección internacional (p. 94).

En tercer lugar, se analiza en qué medida el desarrollo de la “solidaridad flexible” en el ámbito del asilo permitirá a la UE abordar las debilidades del SECA. El mecanismo de solidaridad flexible previsto en el Reglamento sobre la Gestión del Asilo y la Migración pretende que se tenga en cuenta la situación geográfica de los Estados miembros en la regulación del asilo y garantizar que la UE, en su conjunto, se ocupe de las llegadas irregulares de personas solicitantes de asilo. Sin embargo, la Propuesta de Reglamento abandona el sistema de reubicación obligatoria. En su lugar, los Estados podrán optar entre la reubicación o el “patrocinio de retorno” –una clara concesión al grupo de Visegrado–, que constituyen en cierta medida elementos contradictorios de la solidaridad. En las situaciones de excepcionalidad migratoria, el nuevo Reglamento de crisis y fuerza mayor flexibiliza los plazos previstos en el Reglamento sobre la Gestión del Asilo y la Migración para tener en cuenta este tipo de situaciones que afectan normalmente a los Estados miembros de primera línea, por lo que también se adapta el mecanismo de solidaridad para proporcionar una respuesta rápida (por ejemplo, prolongar la duración del examen de una solicitud de protección internacional en el ámbito del procedimiento fronterizo de asilo por un período adicional de ocho semanas). En consecuencia, el Reglamento recoge un “concepto asimétrico de la solidaridad”, pues permite que los Estados miembros que no estén dispuestos a contribuir al mecanismo de solidaridad flexible puedan acudir a otras fórmulas para evadir su responsabilidad. Así pues, mientras los criterios previstos en el sistema de Dublín sigan inalterados, la reubicación debería ser el instrumento fundamental para materializar la solidaridad entre los Estados miembros (p. 156), si bien la configuración política actual de los Gobiernos de un número relevante de Estados miembros indica que no será así.

El Capítulo IV se ocupa de la dimensión exterior de las políticas de asilo e inmigración de la Unión en el Pacto Europeo. El Nuevo Pacto no se limita a presentar un paquete de propuestas legislativas que pretenden reformar el SECA, sino que también se ocupa de otras materias que afectan a la dimensión exterior de las políticas de asilo, como el desarrollo de la cooperación

con terceros Estados en la gestión de la inmigración y la búsqueda de vías legales para encauzar la inmigración. En los últimos años, la UE viene intensificando los instrumentos destinados a externalizar la gestión de las políticas migratorias con el objetivo de reducir la presión sobre las fronteras exteriores de los países del sur principalmente. Se trata de un proceso de externalización de la gestión del asilo, que corre paralelo a otro de “desglobalización” que apunta al constante refuerzo de los controles en las fronteras exteriores, en virtud del cual la UE y los Estados miembros delegan en terceros países tanto la responsabilidad en relación con los controles fronterizos como la gestión del asilo. Muy en particular, dicha externalización, cuyo objetivo declarado (¡sin rubor!) es impedir el acceso de los inmigrantes irregulares y refugiados al territorio de los Estados miembros, se instrumenta a través de la firma por la UE de “acuerdos informales”, como los suscritos con Turquía (2016), Afganistán (2016 y 2021), Gambia (2018), Bangladés (2017), Etiopía (2018), Guinea y Costa de Marfil (2018). En el análisis de este proceso de “externalización”, se hace hincapié en una precisión terminológica jurídicamente relevante, que distingue entre “externalización” y “extraterritorialidad” de la gestión migratoria. Así, “mientras que la externalización de la gestión de la inmigración se identifica con diversas modalidades de control migratorio llevadas a cabo por terceros Estados promovidas por la UE o los Estados miembros, las situaciones de extraterritorialidad de ciertas funciones de control fronterizo conllevan la presencia o ejercicio por agentes públicos de los Estados UE en el territorio de terceros Estados” (p. 135).

En el Pacto la cooperación con terceros países de origen y tránsito se considera un elemento fundamental para hacer frente a los retos de la Unión en la gestión de los flujos migratorios. Así, la sección 6 del Pacto, titulada “colaboración con nuestros socios internacionales”, está dedicada a involucrar a terceros países en la gestión de la migración. Ahora bien, muchos de los principales déficits de la gestión actual del asilo y de la inmigración irregular no encuentran respuesta en la normativa que integra el Pacto. Se cuestiona que las propuestas legislativas analizadas logren abordar de manera integral todos los desafíos a los que se enfrentan las políticas de inmigración y asilo, pues su finalidad es limitar la llegada de solicitantes de asilo a la UE, así como aumentar el número de retornos de inmigrantes irregulares a terceros países. En efecto, el retorno o la devolución de los rechazados sigue dependiendo de los acuerdos con los países de origen o tránsito de la inmigración, lo que conduce a la política exterior de la UE en materia de retorno y a la propia de cada Estado miembro. Por lo tanto, “las prioridades políticas que subyacen detrás del Pacto son similares a los objetivos propuestos en la Agenda Europea de Migración de 2015” (p. 152).

El Pacto presta una atención considerable al desarrollo de instrumentos jurídicos “informales” con terceros países. La firma de estos acuerdos informales –“soluciones innovadoras”, se ha dicho– dependerá de las negociaciones bilaterales que entable la Comisión con terceros países, como es el caso de los Memorandos de Entendimiento firmados con Túnez y Egipto en 2023. Ahora bien, la Comisión ha optado por obviar las implicaciones negativas para los derechos humanos de los migrantes derivadas del creciente número de arreglos informales sobre el retorno rápido y la readmisión de los inmigrantes irregulares. La negociación de soluciones prácticas con terceros Estados tiene implicaciones jurídicas y políticas, pues estos memorandos de entendimiento se negocian con terceros Estados al margen del control democrático del PE y del escrutinio judicial del TJUE (p. 157).

Al mismo tiempo, la externalización de la gestión migratoria y del asilo también se abre paso entre los Estados miembros a través de la firma de acuerdos informales como el modelo propuesto por Italia con Albania, en virtud del cual los interceptados en el mar que deseen solicitar asilo en Italia serán trasladados a Albania, en cuyo territorio se deberán examinar sus solicitudes y proceder al retorno de los rechazados a un “tercer país seguro”. No obstante, estos acuerdos son útiles para los Estados miembros siempre que esos otros países en los que se “extraterritorializa” la gestión del asilo sean terceros Estados no pertenecientes al espacio Schengen de libre circulación.

La implementación del Pacto hasta junio de 2026 va a encontrarse con dificultades políticas y, muy probablemente, también jurídicas. En el plano político, la Comisión debe negociar con los Estados miembros los detalles de la aplicación para asegurarse de que, a mediados de 2026, todos ellos hayan creado las infraestructuras necesarias en fronteras y cuenten con los procedimientos administrativos requeridos para el “triaje”. En el plano jurídico, el objetivo del Pacto nunca ha sido facilitar el asilo sino normativizar, homogeneizar y hacer más previsible su gestión en Europa para evitar conflictos entre Estados miembros. Como destaca el profesor Santos Vara, la ficción jurídica de “no entrada” para el procedimiento fronterizo obligatorio, así como el tipo de atención legal que reciban las personas sujetas al “triaje”, puede incentivar a los Estados a llevar a cabo prácticas ilegales, como devoluciones en caliente, lo que ha suscitado una reacción muy negativa entre las Organizaciones no gubernamentales, así como de buena parte de los grupos políticos situados a la izquierda de la socialdemocracia.

Tampoco el contexto geopolítico internacional resulta favorable a la implementación del Pacto. A la creciente inestabilidad en África, especialmente en el Sahel, se añade la desestabilización regional en Oriente Medio provocada por la invasión militar de Israel en Gaza, primero, y en el sur del Líbano, después, provocando el desplazamiento masivo de la población de estos territorios a países vecinos, lo que augura un aumento de los movimientos migratorios hacia la UE y también de las tensiones políticas entre los Estados miembros.

En suma, se trata de una obra muy interesante que pone de relieve las fuertes divergencias entre los Estados miembros para alcanzar soluciones consensuadas que aborden la necesaria reforma del SECA conforme al *principio de solidaridad* (art. 80 TFUE), lo que se aprecia en el análisis e interpretación de las principales propuestas que integran el Pacto. Por tanto, la lectura de este trabajo provoca sin duda una reflexión sobre uno de los temas más divisivos que existen actualmente en la UE: las políticas de inmigración, asilo y control de fronteras.

Millán Requena Casanova
Universidad de Alicante

SERRANO COPETE, J., *Los testamentos digital y electrónico: una visión de Derecho internacional y comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024, 190 pp.

Las sucesiones internacionales aparecen cada día con más frecuencia en los despachos de los diferentes operadores jurídicos, jueces, abogados y, principalmente, notarios. Estos últimos profesionales están llamados a desempeñar una tarea de primer orden en aras a intentar prevenir la solución a los complejos problemas que en el futuro se pueden derivar, con casi toda seguridad, de una sucesión transfronteriza; la función preventiva y ejecutiva aparece como determinante en este ámbito tan complejo y, mientras más elementos internacionales concurren, más necesaria será aquélla. Ya decía Y. Loussouarn, refiriéndose a determinados aspectos de las sucesiones internacionales, en concreto a la administración internacional de las sucesiones, que se desprende “un perfume si no macabro, al menos inquietante y sutil, del que florecen a la vez el equívoco y la burocracia”. No se podía decir con tanta claridad y, a su vez, con tal delicadeza. En la Unión Europea, el Reglamento (UE) nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo, ha venido a poner un cierto orden en el espacio europeo; pero éste no es más que una pequeña parte del globo terráqueo, y muchos problemas derivados de las sucesiones internacionales siguen sin encontrar su regulación, requiriendo la confección de un traje a medida para cada supuesto.

En este marco aparece la excelente monografía del notario de Barcelona Javier Serrano Copete *Los testamentos digital y electrónico: una visión de Derecho internacional y comparado*, que es objeto de la presente recensión. La obra es el fruto de una muy interesante conferencia pronunciada por el autor en la sede de Sevilla del Ilustre Colegio Notarial de Andalucía, en el marco de un acto organizado por la prestigiosa Cátedra de Derecho Notarial Internacional y Comparado (CDNIC) creada por la Universidad Pablo de Olavide y la citada corporación. En el trabajo se abordan diversos aspectos del Derecho internacional y comparado del llamado testamento digital, introduciéndose en una realidad cada día más palpable en la práctica testamentaria, de una gran complejidad tanto desde el plano formal como en el sustantivo, pudiéndose constatar la destreza y conocimientos que demuestra el autor en el manejo de tan difícil materia, con una destacable, peculiar y original exposición.

En el trabajo se manejan materiales muy completos y se le otorga una estructura que podemos considerar perspicaz, e incluso hasta un punto atrevida, pero en todo caso calificable como de gran acierto, quedando el lector atrapado en la lectura desde la primera hasta la última página. Y ello ha de ser considerado como todo un éxito tratándose de una materia que pudiera considerarse como árida y de no fácil exposición, incardinada en el enrevesado y muchas veces incomprensible mundo de las nuevas tecnologías, del cual tantos juristas tienen tendencia a la huida, precisamente por los no pocos vacíos que ofrece su regulación y debido a las muchas dificultades que entraña.

Para el autor existe en la actualidad una nueva faceta humana que trasciende a la muerte del ser humano, y esta no es otra que la huella digital, esto es, todo aquello que se mantiene en

cierto modo vivo después de nuestra muerte. Entre otras, destaca el perfil de nuestras cuentas en redes sociales, las fotografías subidas a la nube, las cuentas de clientes, los bitcoins, etc. Y en este escenario, incluida la cuestión del derecho al olvido, señala Javier Serrano Copete que surge la necesidad de regular qué sucederá con nuestra huella digital tras nuestro fallecimiento. En estas circunstancias aparece como esencial el testamento digital, esto es, aquel documento en el que se dispone de los bienes referentes al referido patrimonio digital, lo cual ha sido objeto de pretendida regulación en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección datos personales y garantías de los derechos digitales, ello sin excesivo éxito.

El autor recalca que el patrimonio digital no debe confundirse con el testamento electrónico, esto es, el realizado por videollamada y que, en nuestro país, tras la Ley 11/2023 de digitalización, sólo es admitido para el caso de epidemia declarada y hallándonos en situación de confinamiento. En este sentido, se expone algún supuesto de testamento electrónico realizado en algún país del sistema de *common law*, pero se llega a la conclusión de que las instituciones jurídicas continentales no son susceptibles de traducción directa y automática al inglés, y ello a efectos materiales, y no solamente lingüísticos. En definitiva, en palabras del autor, “el Derecho debe plasmarse siempre sobre la realidad cambiante, y nuestra huella digital jamás podrá quedar al margen de nuestra normativa, aunque no esté, aún, del todo y suficientemente regulada” (“Vivir con fundamento, apagándote por testamento”, *Crónica Global*, 17 de octubre de 2024).

Pues bien, todas estas cuestiones, entre otras, han sido tratadas de forma exhaustiva y sistemática por el notario Javier Serrano Copete en la obra que ahora tengo el honor de glosar. Si nos atenemos a la estructura de la monografía, ésta se encuentra dividida en cinco capítulos, precedidos de una nota introductoria sobre el recorrido realizado por el autor que culmina con este trabajo, y finalizando con unas oportunas y plausibles reflexiones. En concreto, en el capítulo I, denominado ‘Perla biológica-histórica introductoria’ se aborda, en un itinerario histórico del largo alcance, el origen del fenómeno sucesorio y su plasmación en la figura del testamento, clave del trabajo, y ello hasta llegar a nuestros días (páginas 17-28). Por su parte, en el capítulo II, que podemos considerar como nuclear de la obra, se aborda en tres intensos epígrafes –especialmente profundo el estudio contenido en el segundo– la figura del testamento y la sucesión digital, esto es, el testamento digital (páginas 29-104). En el capítulo III se hace un acercamiento al testamento electrónico desde el análisis previo del testamento ológrafo, conectando de una manera ciertamente original ambas figuras (páginas 105-118). Posteriormente, en el capítulo IV se hace un análisis del testamento electrónico desde la perspectiva del Derecho español, exponiéndose las ventajas, inconvenientes y problemas que plantea tal instrumento (páginas 119-149). Por último, en el capítulo V se apuntan algunos problemas que pueden surgir desde la perspectiva del Derecho internacional privado en relación a la ley aplicable al fondo y a la forma de los testamentos hechos en forma electrónica (páginas 151-154). Tras el capítulo final se recogen a modo de conclusión unas interesantes reflexiones del autor (páginas 157-167), cerrándose la obra con una recopilación de la amplia bibliografía utilizada.

Siguiendo el orden indicado, en el capítulo I se expone un original recorrido histórico sobre la evolución de la figura del testamento, partiendo el autor del hecho de que en el fenómeno sucesorio existen unas bases científicas, eminentemente biológicas, que preceden a la

discusión jurídica. Para él, los principios de la propiedad, íntimamente ligada al fenómeno sucesorio, se hayan condicionados por cuatro bases: la territorialidad y el territorialismo; la capacidad de autorreconocimiento y de empatizar; la capacidad para el uso del lenguaje simbólico y la abstracción; y, finalmente, la necesidad de creer en la trascendencia y la preocupación por el más allá. A raíz de ahí se acomete un interesante análisis sobre los primeros antecedentes de instrumentos testamentarios, desde las Leyes de Salón –posible primer precedente de testamento anterior al Derecho romano– hasta el testamento abierto notarial de nuestros días, único por sí mismo con pleno valor sin necesidad de ningún trámite posterior. En medio de este análisis sobre la evolución del testamento, se hace una reflexión sobre la institución de la legítima frente a la libertad de testar, un binomio clave en toda discusión sucesoria, destacando el hecho de que hoy en día no exista ningún Derecho europeo continental que prescindiera de las legítimas.

En el capítulo II se aborda la cuestión nuclear de la monografía, esto es, el testamento y la sucesión digital, y se parte del hecho de que actualmente es una realidad que la fecha de la muerte real de la persona no coincide con su muerte digital, dejándose muchas veces activos digitales que sobreviven a sus creadores sin una titularidad y régimen claro al que acogerse. En relación a esta cuestión, en un primer epígrafe se aborda el llamado ‘derecho al olvido’, como instrumento que debe permitir desindexar ciertos contenidos mostrados en la red; tras realizarse un interesante recorrido histórico y de derecho comparado en relación a esta institución, resaltando la diferencia de tratamiento dada en los países de *common law* frente a los de *civil law* –incluyendo la jurisprudencia del TJUE–, se concluye preguntándose el autor quién es el titular del ejercicio del derecho al olvido, cuestión regulada en España en la Ley Orgánica de protección de datos en el marco del derecho al testamento digital. Con esto se enlaza en el segundo epígrafe donde se aborda tal instrumento, que es definido como aquél en el que se dispone del patrimonio digital, aunque el Código Civil de Cataluña, con más acierto según el autor, se refiera a las ‘voluntades digitales en caso de muerte’; al hilo del testamento digital se analizan en profundidad dos cuestiones vinculadas al mismo, por un lado, el problema de la identidad digital y, por otro, si realmente existe un patrimonio digital, lo cual no ofrece dudas. Se aborda también la regulación del testamento digital en nuestro ordenamiento, en particular en el ordenamiento catalán y con el estudio del ‘mal llamado’ testamento digital de la Ley Orgánica de protección de datos, regulación que es firmemente criticada. Se cierra el capítulo con una referencia a algunas cuestiones de Derecho internacional privado, llegándose a la conclusión de que el Reglamento 650/2012 es aplicable a la sucesión digital, siendo también aplicable, en consecuencia, el certificado sucesorio europeo.

Por su parte en el capítulo III se analiza el testamento electrónico, el otro gran eje sobre el cual pivota la obra que ahora se recensiona, y ello se hace partiendo del origen y de las características del referido instrumento, para desembocar en un interesante estudio de derecho comparado, en particular al hilo del caso resuelto por *The Supreme Court of Queensland* en sentencia de fecha 6 de noviembre de 2013 en relación a la validez o no de un testamento electrónico redactado en formato Word y almacenado en un iPhone. El testamento en cuestión se consideró válido, en particular teniendo en cuenta las particularidades del *will* propio de los sistemas de *common law*, al hilo de lo cual se hace un sugestivo recorrido por varios países donde se sigue este sistema y donde, bien a través de la jurisprudencia (*case law*) –cuya importancia

sabido que es de primer orden en estos países— bien a través de leyes (*statutes*) se admite la posibilidad de realizar un testamento electrónico.

En el capítulo IV se afronta el estudio del testamento electrónico desde la perspectiva del ordenamiento español, y se parte del hecho de que, para la más autorizada doctrina, el testamento electrónico, como tal, no existe en nuestro ordenamiento. Supuesto considerado excepcional es el del testamento cerrado electrónico contemplado en el artículo 421-14.2 del Código Civil de Cataluña, si bien se muestra la crítica al mismo en cuanto que, entre otras razones, no se garantiza la perdurabilidad del soporte, software o la caducidad del certificado digital. Al margen, el autor analiza el testamento por videollamada para el caso de epidemia declarada mientras haya confinamiento, introducido por la ya citada Ley de Digitalización, y para quien esto no es más que una excepción que confirma la regla: la necesidad de que el testamento se otorgue presencialmente, si bien se destaca como ventaja el hecho de no aplicarse a tal testamento las disposiciones de los artículos 703 y 704 del Código Civil español. El autor finaliza el capítulo destacando las principales cuestiones o dificultades que se plantearían ante un eventual testamento electrónico sin comparecencia ante notario: el déficit en cuanto a un debido asesoramiento; la complejidad en torno a la valoración del juicio de capacidad; el no respeto de la ‘unidad de acto’, esto es, la ceremonia de otorgamiento debe tener lugar sin solución de continuidad, exigiéndose unidad de contexto, tiempo y lugar; dificultades de identificación y firma, que para Javier Serrano Copete no se solucionan con la firma biométrica; y, finalmente, se exponen ciertas dificultades en relación al soporte y conservación del documento electrónico, así como respecto a la posible revocación del testamento, donde son varias las dudas que se presentan al respecto, muchas de ellas de carácter formal.

Finalmente, en el capítulo V de la obra se apuntan determinados problemas que pueden plantearse en relación a la determinación de la ley aplicable a algunos aspectos de la sucesión digital que pueden considerarse controvertidos, tanto en lo que respecta a la ley aplicable al fondo como a la ley aplicable a la forma. En cuanto al fondo, no se duda de la aplicación del Reglamento 650/2012 y, respecto a la forma, sería aplicable el convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961, el cual tiende a evitar que existan testamentos claudicantes por razones de forma. En relación a esto último, el autor se pregunta con acierto si sería válido un testamento hecho en forma electrónica, sosteniendo que la admisibilidad de un testamento hecho en Word y guardado en USB es discutible, y no siendo una cuestión solo de forma sino también de fondo, cabiendo sostener que la admisibilidad del mismo podría llegarse a considerar contraria al orden público económico español, al ir en contra de los más elementales mínimos de seguridad jurídica. En cualquier caso concluye indicando que, a su entender, el reconocimiento de cualquier testamento hecho en forma electrónica no regulado en España requeriría siempre de una actuación de adveración/legitimación por parte de la autoridad competente del Estado de origen del testamento.

La obra tiene su broche de oro con dos interesantes reflexiones del autor; por una parte, realizando una contundente defensa de las formas testamentarias, recalcando el peligro de la plasmación electrónica del testamento ológrafo y, por otra, advirtiendo del peligro y contaminación del *common law*, por lo que jamás debería considerarse una relajación de las formas que nos condujera al sistema del *will* electrónico anglosajón, ajeno a un mínimo de seguridad jurídica y contrario al sistema propugnado por la tradición romano-germánica. En todo caso,

sentencia el autor que “el testamento digital será o no testamento, pero deberá contemplarse, pues la huella y herencia digital son algo cuya existencia solo puede negarse sabedor de estar poseedor de la mentira” (p. 167).

En definitiva, nos encontramos ante una obra que aborda con gran tino y agudeza una materia de indudable interés y, sobre todo, de gran actualidad, y ello por alguien que demuestra sobradamente que maneja con evidente soltura las complejas cuestiones tratadas, y que tiene la virtud de hacer que, desde un principio, el lector se sienta cómodo, lo cual es ciertamente difícil de lograr cuando se tratan este tipo de cuestiones. Y ello teniendo en cuenta la novedad de lo tratado, que a veces es contemplado en gran parte todavía como algo meramente futurible, y necesitado de una debida regulación en un sistema como el nuestro, anclado en la tradición romanista, lo cual es advertido a lo largo de la obra, sin obviar en momento alguno la dificultad que ello entraña. Por todo esto se hace más que recomendable la lectura de la monografía del notario Javier Serrano Copete, que sin duda no va a dejar indiferente al lector, y que le ayudará a abrir la mente en relación a situaciones y problemas que, seguramente, nunca hubiera alcanzado siquiera a plantearse.

Alfonso Ybarra Bores
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

SERRANO SÁNCHEZ, L.I., *La Protección de la infancia y de la adolescencia víctima de violencia familiar en la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona, 2024, 150 pp.

La monografía tiene por objeto el análisis de los menores-víctimas de violencia familiar en el marco de los traslados lícitos transfronterizos.

En este marco, la obra reivindica la necesidad de crear un mecanismo de protección preventiva del menor-víctima de violencia familiar que lo proteja antes, durante y después de su traslado lícito a otro Estado miembro, de forma que se instaure en el marco jurídico actual un derecho de los menores-víctimas de violencia familiar a su traslado y permanencia lícita en un Estado miembro con el que mantienen vínculos estrechos. Para ello, se centra no solo en la eficacia transfronteriza de las medidas provisionales o cautelares, sino también en la modificación de las medidas de protección del menor, una vez sea realizado el traslado lícito del menor.

Esta investigación parte del necesario enfoque desde la perspectiva de los derechos de la niñez y de la adolescencia, así como desde la perspectiva de género. En concreto, la investigación se enmarca en el objetivo 16 de la Agenda 2030, y en concreto, trata de dar respuesta a la meta 16.2 sobre el fin del maltrato, la explotación, la trata y todas las formas de violencia y tortura contra los menores.

Adicionalmente, una de las aportaciones clave de la obra es la aproximación del problema desde la prevención, y no tan solo desde un punto de vista reactivo. Así, reflejo evidente de esta idea es el hecho de que el objeto de estudio no se focaliza en los supuestos de sustracción internacional de menores, que tradicionalmente han centrado el foco de atención de legislador –nacional e internacional–, jurisprudencia y doctrina, sino que se adentra en el escasamente tratado mundo del traslado “lícito”.

Para ello, la obra se estructura en cuatro capítulos, precedidos de una introducción referida al derecho individual de los menores a una vida sin violencia en el seno familiar desde la perspectiva del Derecho Internacional privado español.

El primer capítulo identifica el rol del menor de edad en su familia y la violencia familiar ejercida contra aquel en el seno familiar. Para ello, es esencial la consideración de los menores víctimas de violencia familiar como sujetos de derecho independientes de sus progenitores. Igualmente, partiendo de los estereotipos de género y de edad, la autora plantea los problemas de calificación en la materia objeto de estudio y reivindica la necesidad de armonizar en las legislaciones de los Estados miembro de la UE nociones como violencia familiar, el traslado lícito –con la polémica cuestión sobre la facultad de elección del lugar de residencia habitual del menor– o las medidas de protección del menor.

A continuación, el segundo capítulo se centra en la protección preventiva en la Unión europea en el marco de la violencia familiar ejercida contra el menor. En este marco, la autora propone un novedoso mecanismo preventivo de protección del menor desde la normativa del Derecho Internacional privado. Para ello, se abordan las posibilidades desde el punto de vista de los foros de competencia judicial internacional aplicables en la materia

objeto de estudio para la adopción de medidas provisionales y cautelares de protección de menores-víctimas de violencia familiar; así como la ley aplicable para la adopción de estas, desgranando, en particular, el sistema español de fuentes en materia de responsabilidad parental.

Seguidamente, el tercer capítulo aborda el marco jurídico de las modificaciones de las medidas adoptadas en el Estado miembro de origen, *a posteriori* del traslado lícito de un menor víctima de violencia familiar, así como la ley aplicable para la modificación de las medidas, y para la adopción de las medidas de protección definitivas.

En el cuarto y último capítulo se analizan las cuestiones relacionadas con el sector de la eficacia extraterritorial en España de resoluciones en materia de protección del menor-víctima de violencia familiar adoptadas en otro Estado miembro. En este ámbito se distinguen dos tipos de medidas: por un lado, el reconocimiento y la ejecución de las medidas de protección cautelares o provisionales; y, por otro, el reconocimiento incidental de las medidas definitivas como base de la demanda de modificación de medidas en materia de responsabilidad parental.

La obra termina con unas valiosas conclusiones de lectura obligatoria sobre las personas menores de edad víctimas de violencia familiar y su abordaje desde el Derecho internacional privado español, con la reiteración de la reivindicación sobre la necesidad de creación de un mecanismo transfronterizo de carácter preventivo que asegure la protección de los menores víctimas de violencia familiar en el seno de la Unión Europea.

Finalmente, no pueden dejar de mencionarse los extensos anexos recogidos al final de la obra, no siempre comunes en la investigación en el campo de Derecho. Estos complementan la obra proporcionando una información muy valiosa sobre distintas cuestiones relacionadas con el objeto de estudio, como de derecho comparado sobre el tratamiento de la violencia familiar en los distintos Estados miembros de la Unión Europea; o una tabla comparativa de los distintos sistemas de protección autonómicos de los menores-víctimas de violencia familiar en España. Todo ello es un reflejo más del exhaustivo y sistemático trabajo de investigación llevado a cabo por la autora.

Así, la autora presenta una obra de gran valor para la doctrina iusprivatista española, pues presenta el objeto de estudio desde una triple intersección escasamente tratada hasta el momento: el derecho individual de los menores “a una vida sin violencia en el seno familiar”, el Derecho de familia, y el Derecho Internacional privado en la UE. Este tripe ángulo se ve acompañado de la perspectiva de género y la mirada desde la infancia y la adolescencia, las cuales, tal y como coincide en recalcar la Prof. Dra. Cuartero Rubio en el Prólogo de la obra, subyacen de forma transversal.

Toda esta ecuación no es sino un ejemplo más de la cada vez más diluida frontera entre el Derecho Público y el Derecho Privado, terreno incierto en el que la autora se adentra con maestría para abordar la legislación penal en la materia y los límites del ámbito de aplicación material de los instrumentos en materia de Derecho Internacional privado de familia. Y, sobre todo, es una obra más nos ayuda a recorrer un camino hacia un Derecho Internacional privado que puede –y debe– ofrecer un marco jurídico garantista para los derechos

de las personas. Aún más si cabe, en una situación de violencia del menor en el ámbito de la familia, materia tradicionalmente abordada por el Derecho Penal y, por tanto, erróneamente olvidada en el marco de las situaciones transfronterizas y el Derecho Internacional privado. Enfoque en el que reside la originalidad y la valentía del exhaustivo trabajo que nos presenta la autora, reflejo a su vez de su compromiso incondicional por la justicia social y el rigor académico.

María González Marimón
Universitat de València

TORRES CAZORLA, M.I. *La mediación como mecanismo de arreglo pacífico de controversias en Derecho Internacional Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, 264 pp.

La obra objeto de reseña abarca uno de los temas más necesarios en el ámbito de la convulsa sociedad internacional y las relaciones entre sus principales sujetos. La mediación internacional, un tema tan clásico como actual, capaz de perdurar en el tiempo como uno de los elementos claves que conforman, uno de los pilares fundamentales del derecho internacional actual como es la obligación de arreglo pacífico de controversias internacionales.

Para adentrarnos en el papel de la mediación internacional la profesora Torres Cazorla impregna su obra de la pasión, rigor y seriedad que caracteriza su trayectoria universitaria y que igualmente son necesarios para acercarse, conocer y profundizar en una de las cuestiones transversales que debe conocer cualquiera que se adentre al ámbito de la mediación internacional, bien desde un enfoque de docente, de alumno o de una persona interesada por comprender parte de lo que ha sucedido, sucede y sucederá en el ámbito del derecho internacional.

Este interés se verá plenamente satisfecho tras el estudio de la obra de la profesora Torres quien ha sabido dotar a su trabajo de aspectos altamente positivos tanto en su forma como en su fondo.

Respecto a la estructura, la obra comienza con un excelente prólogo de la profesora Diago, especial conocedora de la mediación en el ámbito del derecho internacional privado. Las páginas de la profesora Diago se ven seguidas por una clara y breve introducción que precede a los cinco capítulos del trabajo. En los dos primeros capítulos, “Cuestiones previas: aspectos generales sobre los medios de arreglo pacífico de controversias en Derecho Internacional Público” y “Los medios de arreglo pacífico de controversias en Derecho Internacional: una aproximación a sus rasgos distintivos y diferenciadores”, respectivamente, la profesora Torres sitúa al lector en el contexto necesario donde encajar la figura de la mediación internacional.

El tercer capítulo, “Buenos oficios y Mediación internacionales: aspectos específicos de ambas figuras”, comienza con una difícil distinción entre los buenos oficios y la mediación, que permite a la profesora Torres llegar al tema central del trabajo.

Los dos últimos capítulos, cuarto y quinto, ponen de manifiesto la relevancia de las organizaciones internacionales, sujetos secundarios del derecho internacional, en el ámbito objeto de estudio.

Así, el capítulo IV, “El sistema de Naciones Unidas y la mediación internacional: órganos implicados en esta labor y análisis de la práctica internacional en la materia” y el capítulo V, “El papel de distintos organismos internacionales e instituciones para incentivar la mediación internacional”.

Respecto al fondo, la profesora Torres acierta plenamente al llevar de la mano la dimensión teórica junto a una exhaustiva y actualizada dimensión práctica; esta última sitúa al lector en la relevancia, junto a la dificultad de esta figura en la actualidad.

Desde las primeras páginas la autora analiza con el mismo entusiasmo y rigor las ventajas y desventajas de la figura objeto de análisis. De especial relevancia, en cuanto al fondo, cabe destacar el Capítulo III donde se señalan de forma brillante aspectos claves para entender las posibilidades de esta figura: así, partiendo de la diferencia de matiz entre los buenos oficios y la mediación la autora opta por una visión amplia caracterizada por tres elementos fundamentales como son la flexibilidad, la cooperación y el consentimiento llamados a desempeñar un rol relevante en la prevención, resolución y consolidación de la controversia.

Entendida la mediación internacional como un proceso de comunicación, la autora responde a una de las cuestiones claves como es quien puede ser mediador internacional. En la respuesta a esta interesante pregunta se ponen de manifiesto las ventajas de la mediación colectiva y del papel que en la misma esta llamado a desempeñar las organizaciones internacionales y de forma específica Naciones Unidas.

Naciones Unidas y su papel en la mediación internacional se desarrolla de forma especialmente prolija en el Capítulo IV en el cual nos encontramos con un grado de detalle exhaustivo a la hora de intentar dotar al trabajo de la mayor actualidad posible, cabe mencionar referencias a octubre de 2023, meses e incluso semanas antes del cierre del trabajo.

El último capítulo de la obra, capítulo V, acertadamente tiene como contenido el estudio de la mediación internacional en el ámbito de organismos regionales como el europeo, americano y asiático. De nuevo, cabe señalar el rigor y exhaustividad presentes que permiten cerrar de forma brillante el estudio motivador para cualquier lector con interés en el estudio de la mediación internacional como mecanismo de arreglo pacífico de controversias en derecho internacional público

Es fácil adelantar las conclusiones de la autora, quien desde una visión crítica y realista aboga en sus conclusiones por el papel llamado a desempeñar por la mediación en una sociedad internacional actual, especialmente convulsa, en la que alzar la voz en la apuesta especialmente necesaria y urgente por la obligación de arreglo pacífico de controversias.

Casilda Rueda Fernández
Universidad de Sevilla

YBARRA BORES, A., *Los efectos económicos del matrimonio en el Derecho inglés*, Tirant lo Blanch, Cuadernos CDNIC, Valencia, 2024, 136 pp.

Uno de los aspectos más relevantes que los profesionales del Derecho deben analizar en los casos de divorcios transfronterizos es el régimen económico matrimonial (*matrimonial property regime*) es decir, las normas que regulan la propiedad de los bienes adquiridos durante el matrimonio (*family assets*). En España, el régimen económico matrimonial por defecto, es decir, si los esposos no pactan lo contrario, es el de comunidad de bienes, también denominado “sociedad de gananciales”. Lo que significa que todos los bienes adquiridos durante el matrimonio son de los dos cónyuges (*spouses*) a partes iguales, lo que debe ser tenido en cuenta a la hora de proceder al reparto de los bienes familiares.

La principal dificultad a la que se enfrenta en estos casos es que, a diferencia de los sistemas basados en el Derecho civil como el nuestro, el Derecho inglés no cuenta con un régimen económico matrimonial como tal aplicable al matrimonio. En Inglaterra y Gales no existe una comunidad de bienes (*community of property*). Del mismo modo, ninguno de los cónyuges adquiere la facultad de administrar los bienes del otro tras la celebración del matrimonio, y ello se aplica en relación a los bienes adquiridos tanto antes como después del matrimonio.

La celebración del matrimonio no tiene efectos patrimoniales, es decir, el matrimonio *per se* no produce ningún efecto inmediato sobre los derechos de propiedad de los cónyuges. Sin embargo, en el momento del divorcio los tribunales disponen de una amplia libertad para distribuir los ingresos y los activos de los cónyuges con el fin de lograr un resultado justo. Para conseguir este resultado pueden dictar una gran variedad de órdenes o medidas judiciales conocidas como *ancillary relief*, dirigidas a obtener la liquidación de los efectos económicos del matrimonio. Pero esa libertad tiene una serie de limitaciones y pautas que orientan su aplicación que aparecen en la ley que regula los procesos de divorcio, y también la jurisprudencia (*case law*) de los tribunales ingleses ha matizado este tema señalando que el principio general a aplicar debe ser el de reparto igualitario de los bienes en caso de divorcio, es decir, como si existiera comunidad de bienes, salvo que exista causa suficiente para apartarse de ese principio.

En caso de divorcio o separación de la pareja de hecho debidamente inscrita, tanto los bienes como los ingresos se distribuyen, en Inglaterra y Gales, tomando en consideración lo establecido en la Sección 25 de la Ley de Procedimientos Matrimoniales de 1973 (modificada por The Matrimonial and Family Proceedings Act 1984 (c. 42, SIF 49:3), ss. 3, 48(2). Además, los Tribunales ingleses tendrán en cuenta la jurisprudencia, en particular, la decisión de la Casa de los Lores en el caso *Miller* (Cf. *Miller v. Miller*; *McFarlane v. McFarlane* [2006] UKHL 24, [2006] 2 AC 618, [2006] 1 FLR 1186; *White v. White* [2001] 1 AC 596, [2000] 2 FLR 981. 2006). El caso fue dilucidado por la Casa de los Lores que es el más alto Tribunal del Reino Unido. En concreto, las partes deberán cumplimentar el denominado “Formulario E”, y hacer una relación de todos sus bienes y derechos, ya sean adquiridos con anterioridad al matrimonio, durante la vigencia del mismo, o que esté previsto adquirir en un futuro (herencias, bonos, etc.). Todos estos bienes y derechos forman el llamado “saco matrimonial”, cuyo contenido el Juzgado ha de distribuir entre las partes.

El principal factor a tener en cuenta en la mayoría de los casos son las necesidades de la familia más que las contribuciones de los cónyuges (que en la mayoría de los casos modestos será prácticamente irrelevante). No hay una remisión expresa a ningún régimen matrimonial ni a capitulaciones matrimoniales, aunque lo cierto es que la jurisprudencia inglesa está avanzando en este tema, y ya hay algún caso reciente como el de *Z y Z* (2011) en relación con un régimen de “separación de bienes” francés pactado por los cónyuges, según el cual en Francia la esposa hubiera recibido el 15% del haber conyugal, mientras que en Inglaterra el Tribunal le otorgó un 40%. Si no hubiera sido porque firmaron el pacto sobre el régimen económico matrimonial, hubiera recibido, con casi total seguridad, el 50% del haber conyugal. En este caso, las partes eran muy ricas, y su patrimonio excedía con creces sus necesidades. El 40% de los bienes permitió que la esposa tuviese más que suficiente para vivir manteniendo un alto nivel de vida. En un asunto más modesto es muy dudoso que el hecho de que el matrimonio hubiera firmado unas capitulaciones fijando su régimen económico matrimonial tuviera efecto alguno en las medidas definitivas.

Las aportaciones de los cónyuges que fueran realizadas de forma previa al matrimonio son meramente un factor a tener en cuenta. No están protegidas y, cuando existen necesidades, sobre todo necesidades de alojamiento, la realidad es que a los Tribunales ingleses no les importa la procedencia del bien, a excepción de matrimonios de muy corta duración. Puede citarse el ejemplo del famoso caso de la disolución del matrimonio de Paul McCartney con Heather Mills. A pesar de que ella no aportó nada al matrimonio y él era quien aportaba todos sus bienes al mismo, aun así, la Sra. Mills recibió 25 millones de libras. Esta suma fue determinada por la Corte para cubrir sus necesidades.

Los Tribunales ingleses no tienen ningún reparo en transmitir bienes de un cónyuge a otro o de una parte a otra, y ello incluye hasta las pensiones de jubilación. Un Tribunal inglés no tiene ningún problema en transmitir la titularidad de una propiedad recibida por herencia por una de las partes a la otra si lo considera necesario. El hecho de quién sea titular del bien es irrelevante a efectos prácticos. Al efecto, la jurisprudencia de Inglaterra y Gales ha distinguido entre propiedad matrimonial y privativa de los cónyuges. Que esta distinción se está aplicando es un hecho, sobre todo teniendo en cuenta algunas sentencias de acuerdo con las cuales los bienes privativos no son repartidos por igual (o no exactamente por igual).

En Derecho inglés el principio general es lograr la igualdad, a pesar de que éste sea un término bastante vago. No existe una definición de bienes privativos en una forma o modalidad concretas, aunque la procedencia de los bienes puede ser tomada en cuenta como uno de los elementos del caso. Así las cosas, puede sostenerse que el sistema inglés ha avanzado hacia el siguiente enfoque en relación con la división de los bienes en caso de divorcio: a) Los bienes conyugales son compartidos en caso de divorcio, a menos que consideraciones de justicia exijan otra cosa. Éstas pueden tener en cuenta la duración del matrimonio, las contribuciones realizadas en beneficio del bienestar familiar, particularmente aquellas relacionadas con cuidado –pasado o futuro– de los niños, así como aquellas otras generadoras de ventajas y desventajas entre cónyuges y, más genéricamente, las necesidades (*needs*).

Partiendo de esta peculiar situación, en la presente obra (*Los efectos económicos del matrimonio en el Derecho inglés*), que se presenta como el n° 5 de la Colección de Cuadernos de la

Cátedra de Derecho Notarial Internacional y Comparado (CDNIC) que dirige magistralmente el Dr. Andrés Rodríguez Benot, se analizan los efectos económicos que puede producir el matrimonio en el Derecho inglés, principalmente en los supuestos de divorcio regulados con detalle en la *Matrimonial Causes Act 1973*, pero también en caso de fallecimiento de uno de los cónyuges. Además, se abordan los complejos problemas que en esta materia se pueden plantear en el marco de los litigios internacionales en supuestos de crisis matrimoniales en los que se encuentran implicados intereses tanto del foro inglés como del español.

A nuestro modo de ver, el libro se estructura en torno a dos partes bien diferenciadas: por un lado, el Derecho inglés en el marco de los grandes sistemas económico-matrimoniales, y, por otro lado, el Derecho inglés y los efectos económicos del matrimonio en el ámbito de los litigios internacionales.

En la primera parte del trabajo se estudia el Derecho inglés en el marco de los principales regímenes económicos matrimoniales (pp. 13-22); partiendo de una idea: la no existencia de régimen económico matrimonial (pp. 22-31); haciendo especial hincapié en los efectos económicos del matrimonio ante el divorcio (pp. 31-35); reflexionando sobre algunas consecuencias patrimoniales tras el fallecimiento de uno de los cónyuges (pp. 35-44); con especial atención a las *financial orders en la matrimonial causes act 1973* (pp. 45-59) y al *sharing principle* y el *principle of need* (pp. 59-72).

Y, ya en la segunda parte (“El derecho inglés y los efectos económicos del matrimonio en el ámbito de los litigios internacionales”), el autor, con la maestría y el profundo conocimiento que del Derecho inglés tiene, aborda, en clave problemática, las cuestiones de competencia judicial internacional y de determinación de la ley aplicable (pp. 73-129), poniendo de manifiesto: a) la primacía del foro inglés para determinados cónyuges de cara a la litigación en materia de divorcios internacionales; b) el *matrimonial domicile* a los efectos de la determinación de la ley aplicable; y c) el desajuste y descoordinación (y sus posibles soluciones) entre los Reglamentos 2016/1103 y 650/2012 (régimen económico matrimonial vs. sucesión mortis causa).

En definitiva, esta monografía del Dr. Alfonso Ybarra Bores es y debe ser, sin duda alguna, lectura obligada no sólo para la doctrina *ius internacional privatista*, sino también para todo profesional del Derecho que deba hacer frente a la aplicación del Derecho inglés para la resolución de un litigio privado internacional, porque, como dice el propio Dr. Alfonso Ybarra, resulta conveniente y necesario un buen asesoramiento preventivo en materias tan complejas como las abordadas (pp. 128-129).

Nos encontramos ante una obra de referencia absoluta y excelente visión panorámica de un tema tan complejo como son los efectos económicos del matrimonio en el Derecho inglés.

Se agradece que la producción científica en nuestra materia se complementa con trabajos como éste, rigurosos, prácticos y de calado científico. Útil, sólida y práctica son algunos de los merecidos calificativos que (desde la razón y no desde el corazón) merece la obra *Los efectos económicos del matrimonio en el Derecho inglés*.

Alfonso Ortega Giménez
Universidad Miguel Hernández

ZERNIKOW, M., *Les règles de conflit de lois confrontées au marché intérieur*, L'Harmattan, Paris, 2024, 654 pp.

La presente obra constituye un amplio, detallado y analítico estudio de la normativa conflictual europea en materia de contrato de trabajo, que tiene su origen en la tesis doctoral defendida por su autor en la Universidad de la Sorbona en el año 2019. Posee, además, el valor añadido de ser prologada por el profesor Étienne Pataut, eminente especialista en Derecho comunitario, internacional y laboral, cuyas valiosas reflexiones sobre la evolución del proyecto de integración europea constituyen un lujo para los estudiosos y operadores jurídicos, por su agudeza y valor intelectual.

El autor aborda la compleja interacción entre las normas de conflicto sobre contrato individual de trabajo y los objetivos y exigencias del mercado interior europeo, no siempre colmados por aquéllas. Con esta perspectiva siempre presente, desarrolla un completísimo estudio evolutivo de la regulación laboral en el ámbito de la Unión Europea, partiendo del inicio del fenómeno migratorio laboral en el marco europeo, siempre desde una óptica jurídica, que arranca de los convenios bilaterales suscritos entre los posteriormente Estados miembros a principios del siglo XX, considerando el tratado franco-italiano de 15 de abril de 1904 como el inicio del Derecho Internacional del Trabajo. Avanza este recorrido histórico con la creación de la Organización Internacional del Trabajo, que comienza a poner la protección del trabajador en el eje regulatorio de un contexto de movilidad laboral creciente, sentando las bases normativas de las futuras regulaciones en la materia. La construcción del mercado interior comunitario es la siguiente etapa que analiza el autor, subrayando que éste constituye su objeto de estudio principal: la armonización legislativa de los ordenamientos estatales que requiere la efectiva consecución de un espacio social integrado.

Como sociedad que emerge más allá de las fronteras nacionales, la actual Unión Europea atribuye al Derecho Internacional del Trabajo el mismo objetivo que subyace a su fundación: el establecimiento de una paz duradera sobre la base de la justicia social (p. 22). Desde esta perspectiva, continúa acotando el objeto de estudio, que centra en el Derecho del Trabajo de la Unión Europea, y de forma aún más específica, en el principio de protección del trabajador. Un planteamiento que no puede ser más actual, dado que, como señala el profesor Pataut en su prólogo, la europeización del derecho internacional privado constituye uno de los debates teóricos más estimulantes de este primer tercio del siglo XXI.

La monografía recensionada está dividida en dos partes. La primera aborda las normas de conflicto estatales sobre contrato individual de trabajo vigentes en el ámbito comunitario (pp. 45-306). Dentro de ella, establece una subdivisión en esta parte del estudio, distinguiendo entre las normas de conflicto sobre contrato de trabajo que se muestran indiferentes a las exigencias del mercado interior, y aquéllas que toman en consideración e integran tales exigencias. La segunda parte estudia la protección que al trabajador proporcionan las normas de conflicto adaptadas al mercado interior (pp. 307-566), prestando especial atención al proceso armonizador de dichas normas y a la efectividad práctica de su objetivo tuitivo. La claridad expositiva que proporciona esta estructura de la obra se ve acrecentada por la rigurosa sistemática utilizada por el autor en sus respectivas secciones y apartados. Acompaña también el estudio un

profuso y detallado análisis jurisprudencial, que evidencia la convicción del autor de que el actual derecho internacional privado del trabajo es gran medida tributario de la interpretación que a sus normas ha venido dando el TJUE (y antes, el TJCE), a lo largo de décadas. Al final de la obra, además de las habituales referencias bibliográficas (pp. 571-637, donde no obstante su amplitud, se echan de menos algunos importantes estudios de la doctrina española, tanto laboral como internacional-privatista), el autor incluye un sumario desglosado por materias (pp. 639-647 y un índice alfabético (pp. 649-653), que resultan enormemente útiles para la comprensión global del trabajo y para su estudio detenido, permitiendo la localización de las concretas materias analizadas con enorme facilidad.

A lo largo de sus diversas secciones, se abordan cuestiones clave, como la evolución de las normas de conflicto de leyes, su aplicación en transacciones comerciales y la interacción con las regulaciones del mercado interior. Zernikow examina la normativa europea y su impacto en el derecho nacional, subrayando las tensiones que surgen entre la armonización y la diversidad legal. Uno de los puntos destacados de la obra es la discusión sobre cómo las reglas de conflicto de leyes pueden facilitar o complicar las operaciones comerciales transfronterizas. El autor ilustra sus argumentos con ejemplos concretos, lo que añade un valor significativo al texto. A su juicio, actualmente asistimos a un “*desmoronamiento*” (p. 306) de las reglamentaciones laborales, debido a la coexistencia de normas de conflicto que abordan diversos aspectos de la relación individual de trabajo. El motivo es que la norma de conflicto no tiene capacidad para abarcar todos estos aspectos de forma global, una falta de adaptación que se plasma especialmente en el contexto de diversidad legislativa que constituye la Unión Europea. En este punto, especialmente interesante resultan sus reflexiones sobre la difícil consecución de un equilibrio que existe entre la libertad de circulación y el principio de protección del trabajador, objetivo donde atribuye un papel preeminente al Derecho Internacional Privado, por su capacidad armonizadora respecto de la diversidad legislativa estatal existente en la Unión Europea.

En conjunto, el autor dirige su estudio a analizar y poner de relieve el potencial que posee la Unión Europea en su competencia en materia de derecho internacional privado dentro del ámbito laboral, sobre la base del artículo 81 del Tratado de Funcionamiento, que la faculta para elaborar normas de conflicto adaptadas al mercado interior. Un mercado interior entendido como uno de los espacios de integración regional más avanzados, pero cuyas normas de conflicto no toman suficientemente en consideración la diversidad legislativa que en materia laboral continúa reinando en el ámbito comunitario. En este sentido, detecta un déficit de la normativa conflictual desde la perspectiva de la observancia de la libertad de circulación en general, y de forma específica, de la de los trabajadores. Censura aquí ciertas interpretaciones de las normas de conflicto europeas realizadas por el TJUE, que a su juicio no se inspiran lo bastante en los fundamentos del mercado interior, ni correlativamente, en el espacio de libertad, seguridad y justicia. Por esta razón, subraya la necesidad de utilizar las normas de conflicto como elemento de integración europea.

Esta reflexión se realiza desde el contexto de la movilidad transfronteriza, “*inicialmente insignificante*” (p. 567), pero considerablemente acrecentada por la creación del mercado interior. Precisamente esta evolución ha abierto el debate sobre la extensión de la competencia de la Unión Europea en materia laboral. Originariamente restringida al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, dicha competencia se dirigió también, desde el principio, a dar

respuesta a las inherentes diferencias entre los ordenamientos laborales de los Estados miembros, peligrosamente susceptibles de generar y fomentar el fenómeno del *dumping social*, que paradójicamente encuentra un especialmente abonado campo de expansión en un mercado interior sustentado sobre la libre circulación de trabajadores. A lo largo del tiempo, son precisamente las competencias en materia de política social las que oscurecen el vínculo con el mercado interior, pero a la vez fomentan su integración, evitando lo que el autor denomina “*carrera hacia el abismo*”. De este modo, considera que el componente social que subyace a la libertad de circulación está cristalizando gradualmente en un principio de protección del trabajador, que cada vez adquiere más evidencia y protagonismo en la jurisprudencia comunitaria.

El principio de protección del trabajador inspira toda la regulación laboral de la Unión Europea, impregnando tanto el Derecho material como las normas de conflicto de leyes aplicables en este ámbito territorial. Considera que dicho principio es consecuencia de la puesta en marcha y composición del mercado interior, al tiempo que se ha vertebrado como directriz rectora de la elaboración de las normas de conflicto de leyes acuñadas en la materia por los Estados miembros, ya presente en el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 y objeto de una considerable evolución en el Reglamento Roma I. Esta influencia en el derecho conflictual se aprecia en la adaptación de sus normas, que, abandonando su objetivo consustancial, puramente localizador, se articulan sobre una estructura cuya finalidad es designar el derecho laboral más apropiado para garantizar dicha tutela.

En la base de esta configuración, encuentra M. Zernikow el componente social del mercado interior y el punto de partida para su análisis legislativo. En el ya veterano objetivo que constituye la construcción de un mercado laboral europeo, el principio de protección exige que la norma de conflicto procure la verdadera integración del trabajador en su ámbito de trabajo local, nacional. Como principio derivado del Derecho primario, su reflejo en el sistema conflictual se vehicula a través de la materialización de la norma, que trata de procurar al trabajador una protección adecuada. Dichas normas de conflicto materialmente orientadas se recogen en diversos ordenamientos de los Estados miembros, lo que evidencia la evolución que en este ámbito han experimentado los sistemas jurídicos estatales como consecuencia del proceso de integración europea. Las normas de conflicto laborales se vuelven así tuitivas, lo que resulta exigible y necesario dado el concreto supuesto de hecho que regulan, la relación individual de trabajo, que permite ponderar los concretos intereses que en él concurren. A la hora de designar la ley aplicable al contrato de trabajo, el punto de conexión habitual es el lugar de prestación habitual de los servicios (*lex loci laboris*), como criterio que garantiza a priori de forma más eficaz la necesaria integración del trabajador en el mercado laboral de destino, lo que para el autor constituye además una forma de integración organizativa y social. De esta manera, la norma de conflicto trasciende su función reguladora, en el sentido de meramente localizadora, y evidencia su carácter integrador.

Respecto a la mencionada diversidad legislativa de los Estados Miembros en materia laboral, sostiene Zernikow que constituye un considerable obstáculo al ejercicio de la competencia de la Unión Europea, a su juicio excesivamente limitada. Ello obliga a un esfuerzo de coordinación para lograr la efectiva integración del mercado interior en el ámbito laboral, una coordinación que necesariamente desemboca en la norma de conflicto, por lo que defiende la armonización conflictual como mecanismo para paliar la inevitable diversidad material que

caracteriza a las legislaciones laborales de los países de la Unión Europea. Éste constituye uno de los principales objetos de estudio de la presente obra, que analiza el carácter propiamente europeo de las normas de conflicto, como normas de coordinación al servicio del mercado interior, que ha fomentado una integración más sólida y amplia, que se extienda tanto al espacio de libertad, seguridad y justicia, como a la efectiva garantía de los derechos fundamentales. Obviamente, la necesaria coordinación normativa debe estar al servicio del funcionamiento del mercado interior, pero tener en cuenta al mismo tiempo su componente social. Dado que en el marco comunitario la armonización sustantiva es mínima, e incluso inexistente, le corresponde a la norma de conflicto operar al servicio de los objetivos materiales de la regulación del espacio integrado. Con esta consideración, se añade un objetivo material a la norma de conflicto, que trascienda su mera función de servir de vehículo a las exigencias del mercado interior. Y aunque la norma de conflicto europea constituye una herencia de las regulaciones conflictuales nacionales, debe desarrollar una naturaleza propia y específica, basada en el invocado componente social.

Desde el punto de vista legislativo, el componente social debe reflejarse en la protección del trabajador, que se contiene en la actual estructura de la norma de conflicto comunitaria en materia de contrato individual de trabajo, sustentada en puntos de conexión múltiples. La adopción del lugar habitual de prestación de los servicios como punto de conexión subsidiario a la autonomía de la voluntad, expresa la integración del trabajador desde el punto de vista económico, organizativo y social, y evidencia la concurrencia de dos principios: el de protección adecuada del trabajador y el de proximidad. Por el contrario, el autor censura el punto de conexión referido al lugar de situación del establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador, no es coherente con dicha lógica, y resulta hoy, además, obsoleto. Al respecto, considera que la cláusula de escape contenida en el artículo 8.4 del Reglamento Roma I, “*vínculos más estrechos*”, actúa como garante de la toma en consideración del principio de proximidad en casos concretos, corrigiendo eventuales desviaciones ocasionadas por una aplicación mecánica de la norma. Una función ‘correctora’ que se ve reforzada por la posibilidad de dar entrada a las leyes de policía y de orden público, que considera instrumentos especialmente aptos para colmar las lagunas regulativas de la norma de conflicto en materia de contrato de trabajo actualmente vigente en el mercado interior. Así, estos instrumentos intervendrán cuando un “*funcionamiento defectuoso*” de la norma de conflicto no conlleve una efectiva consecución de su objetivo tuitivo, si bien el autor se muestra partidario de elaborar una norma de conflicto más adaptada a tal fin.

Como conclusión general, que sustenta sobre el fraccionamiento de las leyes aplicables a la relación individual de trabajo, denuncia el autor la ineficacia de la norma de conflicto actual desde la perspectiva de la libre circulación de trabajadores. Esta falta de adaptación la advierte con especial intensidad en el marco del desplazamiento de trabajadores, que tradicionalmente ha venido siendo abordado mediante una reglamentación sectorial (la Directiva 96/71/CE, de 16 de diciembre), en lugar de haber sido objeto de regulación específica. A su juicio, la relación laboral de entenderse –y regularse– en un sentido amplio, articulando una norma de conflicto especializada, que abordara todos sus aspectos, incluyendo los colectivos.

Pese al escepticismo y censura expresados por el autor respecto de determinadas cuestiones, proclama el carácter ejemplar de la Unión Europea como mecanismo de integración regional

del Derecho del Trabajo. Ciertamente, el carácter incompleto del Derecho laboral comunitario y la falta de consenso en su aplicación, así como la ralentizada armonización de los ordenamientos estatales, generan ciertos déficits regulativos. Pero en este proceso, el valor armonizador del Derecho Internacional Privado resulta decisivo, y su evolución constituye un modelo a seguir en el ámbito comunitario, tanto desde una perspectiva general de dicha disciplina como en su específica aplicación al ámbito laboral.

Tanto por la amplitud del análisis que realiza, como por el rigor con que aborda su estudio, la presente obra constituye una valiosa herramienta para entender las complejidades de las normas de conflicto de leyes en el contexto del mercado interior europeo. Con su enfoque riguroso y profundo conocimiento del derecho internacional privado, M. Zernikow ofrece un análisis exhaustivo de considerable utilidad, tanto para académicos como para profesionales del derecho.

Pilar Juárez Pérez
Universidad Carlos III de Madrid

