





REVISTA ESPAÑOLA
DE
DERECHO INTERNACIONAL



REVISTA ESPAÑOLA
DE
DERECHO
INTERNACIONAL

VOLUMEN 73
2021, NÚM. 2
JULIO-DICIEMBRE

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROFESORES DE DERECHO INTERNACIONAL
Y RELACIONES INTERNACIONALES

MARCIAL PONS

MADRID-2021

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

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



La Revista Española de Derecho Internacional es accesible en abierto en la página *web* <http://revista-redi.es/es/> a partir del volumen 2006 hasta la actualidad, con la salvedad de los dos últimos números publicados, que se hallan sujetos a un embargo de doce meses. La REDI es accesible en formato digital desde el volumen número 1 a través de suscripción a HeinOnline y JStor.

© ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROFESORES DE DERECHO INTERNACIONAL Y RELACIONES INTERNACIONALES

© MARCIAL PONS
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
San Sotero, 6 - 28037 MADRID
☎ (91) 304 33 03
www.marcialpons.es

ISSN: 0034-9380

E-ISSN: 2387-1253

DOI: <http://dx.doi.org/10.17103/redi>

Depósito legal: M. 520-1958

Fotocomposición: JOSUR TRATAMIENTO DE TEXTOS, S. L.

Impresión: ARTES GRÁFICAS HUERTAS, S. A.

C/ Antonio Gaudí, 15

Polígono Industrial El Palomo - 28946 Fuenlabrada (Madrid)
MADRID, 2021

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL

DIRECTOR

Jorge CARDONA LORENS

Universidad de Valencia

CONSEJO DE REDACCIÓN

Montserrat ABAD CASTELOS

Universidad Carlos III de Madrid

Joaquín ALCAIDE FERNÁNDEZ

Universidad de Sevilla

Miguel GARDEÑES SANTIAGO

Universidad Autónoma de Barcelona

Rafael GRASA HERNÁNDEZ

Universidad Autónoma de Barcelona

Jaume FERRER LLORET

Universidad de Alicante

Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS

Universidad de Barcelona

Inmaculada MARRERO ROCHA

Universidad de Granada

Andrés RODRÍGUEZ BENOT

Universidad Pablo de Olavide

CONSEJO ASESOR

Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA

Universidad de Oviedo

Celestino DEL ARENAL MOYÚA

Universidad Complutense de Madrid

Antonio A. CANÇADO TRINDADE

Universidad de Brasilia

José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS

Universidad Complutense de Madrid

José Antonio PASTOR RIDRUEJO

Universidad Complutense de Madrid

Elisa PÉREZ VERA

Universidad Nacional de Educación

a Distancia

Fausto POCAR

Universidad de Milán

Antonio REMIRO BROTONS

Universidad Autónoma de Madrid

Linda SILBERMAN

New York University

Christian TOMUSCHAT

Humboldt Universität

Tullio R. TREVES

Universidad de Milán

SECRETARÍA DE LA REVISTA

Josep IBÁÑEZ MUÑOZ

Universidad Pompeu Fabra

Redactores

María Asunción Cebrián - Guillem Gabriel - Mercedes Guinea -

Laura Movilla - Antonio Sánchez - Alejandro Sánchez Frías

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

La titularidad y la determinación de las directrices generales en cuanto al contenido y calidad científica de la *Revista* corresponden a la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. El carácter multidisciplinar de los componentes de la Asociación justifica que la *Revista* publique trabajos sobre temas relativos a Derecho internacional público, Derecho internacional privado y Relaciones internacionales.

La *Revista* goza de gran tradición científica, amparada en la solvencia y el trabajo académico y profesional de todos cuantos han contribuido en ella durante estas seis décadas. La publicación de trabajos y contribuciones en la *Revista* está abierta a especialistas nacionales y extranjeros, en particular los integrantes de la Comunidad Iberoamericana y de la Unión Europea. Los únicos criterios de contenido determinantes para la publicación en la *Revista* son el interés y el adecuado desarrollo y calidad científica de los mismos. En todo caso las contribuciones deberán ser originales e inéditas.

El envío de trabajos debe realizarse conforme a las instrucciones que figuran al final de la *Revista*, así como en la página web de la misma, *antes del 1 de noviembre y del 15 de mayo*, para los números 1 y 2, respectivamente.

The origin of the Spanish Journal of International Law (REDI) dates back to 1948. Currently the Journal comprises more than one hundred numbers, a new issue being published every six months.

Ownership and determination of the general guidelines regarding the content and scientific quality of the Journal correspond to the Spanish Association of Professors of International Law and International Relations. The multidisciplinary nature of the Association is reflected in the Journal, where topics regarding public international law, private international law and international relations find their place on equal basis.

The REDI enjoys a remarkable scientific reputation due to the academic and professional contributions of all those who have published and worked in it for more than six decades. National and foreign experts, in particular members of the Iberoamerican Community and the European Union, are invited to publish in the REDI. The only eligibility criteria are the interest, adequate elaboration and scientific quality of their proposal. Contributions must at any rate be original and unpublished.

Contributions shall be submitted according with the instructions given at the end of the journal and on its website, before 1 November and 15 May for issues one and two respectively.

Dirección en Internet: <http://www.revista-redi.es>

Suscripciones

MARCIAL PONS

San Sotero, 6 - 28037 Madrid

Tel.: (91) 304 33 03 - Fax: (91) 327 23 67

revistas@marcialpons.es

La suscripción anual para España (tanto instituciones como particulares) es de 52 euros. Para el extranjero es de 93,60 euros.

El precio por número suelto: 26 euros.

SUMARIO/CONTENTS

	Pág.
<i>Nota introductoria del Consejo de Redacción</i>	15
— Introductory note of the Editorial Board	
Editorial. GONZÁLEZ BEILFUSS, C., <i>A vueltas sobre el futuro de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: en recuerdo de Alegría Borrás</i>	17
— Thinking over the future of the Hague Conference on Private International Law: in remembrance of Alegría Borrás	

I. ESTUDIOS/STUDIES

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

ARENAS HIDALGO, N., <i>El principio de solidaridad y reparto equitativo de la responsabilidad entre Estados en la política europea de asilo: la conformación de la reubicación en un contexto de crisis</i>	21
— The principle of solidarity and fair sharing of responsibility between States in the European Asylum Policy: the configuration of relocation in a context of crisis	
CHÉLIZ INGLÉS, M. C., <i>El laberinto jurídico de la protección de los menores migrantes abandonados: una aproximación desde el Derecho internacional privado</i>	37
— The legal maze of the protection of abandoned migrant minors: an approach from private international law	
CORREA DA SILVA, W., <i>Movilidad internacional y el mercadeo de la migración segura a través de la teoría crítica de las Relaciones Internacionales</i>	53
— International mobility and the market of safe migration through the Critical Theory of International Relations	
DÍEZ PERALTA, E., <i>La política convencional de la UE sobre readmisión de inmigrantes irregulares: una cooperación opaca y con implicaciones graves para los derechos humanos</i>	69
— The conventional policy of the EU concerning the readmission of irregular immigrants: an opaque policy with serious implications for human rights	
FAJARDO DEL CASTILLO, T., <i>El derecho humano a abandonar un país, incluido el propio: las excepciones a la regla</i>	85
— The human right to leave a country, including one's own: exceptions to the rule	
GARCÍA BURGOS, J., <i>La cooperación migratoria en la configuración de las relaciones entre España y África Subsahariana</i>	101
— Migratory cooperation in the relationship between Spain and Sub-Saharan Africa	
GUTIÉRREZ CASTILLO, V. L., <i>Los procesos probatorios de solicitudes de asilo por orientación sexual e identidad de género en Europa: análisis desde la perspectiva de los derechos humanos</i>	115

	Pág.
— The evidentiary processes of asylum application based on sexual orientation and gender identity in Europe: analysis from a human rights perspective MARÍN CONSARNAU, D., <i>Nuevos y heredados desafíos en el contexto del regreso al país de origen del ciudadano de la Unión y su familia</i>	131
— New and inherited challenges for the Union's citizens and family members in the context of the return to the country of origin RUIZ DÍAZ, L. J., <i>Entre apoyo a la integración y prevención de la radicalización. Una mirada crítica al plan de acción de integración e inclusión de la Unión Europea</i>	147
— Between supporting integration and countering radicalization. A critical analysis of the European Union's Action Plan on Integration and Inclusion SALINAS DE FRIAS, A., <i>La insuficiente protección jurídica internacional de los migrantes irregulares víctimas de trata</i>	161
— The insufficient international legal protection of irregular migrants vulnerable to human trafficking VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, B., <i>Las obligaciones de los Estados en materia de prevención y protección contra la trata de mujeres con fines de explotación sexual en el contexto migratorio</i>	177
— Obligations of States in relation to prevention and protection against women trafficking for purposes of sexual exploitation in the migratory context	

MISCELÁNEA/MISCELLANY

ARAGONÉS MOLINA, L., <i>La buena administración de justicia en la jurisdicción internacional penal: excepciones a la aplicación estricta de la normativa procesal en materia de recursos</i>	193
— The good administration of justice in the international criminal jurisdiction: exceptions to the strict application of procedural rules on post-adjudication remedies	
HERRANZ BALLESTEROS, M., <i>El Reglamento (UE) 2019/1111 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida): principales novedades</i>	229
— Regulation (UE) 2019/1111 on jurisdiction, recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast): principal innovations	
MORENO RODRÍGUEZ, J. A., <i>La nueva guía de la Organización de Estados Americanos y el derecho aplicable a los contratos internacionales (Parte II)</i>	261
— The new Organization of American States guide and the Law applicable to international contracts (Part II)	
MOVILLA PATEIRO, L., <i>¿Hacia un cambio de paradigma en el derecho del espacio ultraterrestre?: los Acuerdos Artemisa</i>	285
— Towards a paradigm shift in the law of the outer space?: the Artemis Accords	
PONS RÀFOLS, X., <i>Biología sintética y Derecho internacional: débiles consensos ante desafíos inmensos</i>	311
— Synthetic biology and International Law: weak consensus facing huge challenges	

	Pág.
VIDAL PÉREZ, E., <i>La construcción de una potencia global: la influencia de la competición geopolítica internacional en la transformación de la esfera doméstica de Estados Unidos</i>	337
— The construction of a global power: the influence of international geopolitical competition on shaping the domestic sphere of the United States	

II. FOROS/FORA

ABAD, M., ALCAIDE, J. y GARDEÑES, M., <i>Nota introductoria</i>	359
— Introductory note	

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL/ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND SPANISH CONSTITUTIONAL COURT CASE-LAW

VACAS, F., <i>Sombras, y algunas luces, en las sentencias de la Gran Sala del TEDH y del TCE de 2020 sobre expulsiones sumarias en frontera: ¿Aval judicial a un derecho de excepción permanente en materia de protección internacional de personas?</i>	365
— Shadows, and some lights, in decisions of the Grand Chamber of the ECHR and the Spanish Constitutional Court in 2020 about summary expulsions on border: Judicial endorsement to a <i>permanent right of exception</i> in matters of international protection of persons?	
ACOSTA, T., <i>El abuso de derecho en la justificación jurisprudencial del «rechazo en frontera». Análisis de la STC 172/2020, de 19 de noviembre, y de la STEDH, de 13 de febrero de 2020, N. D. y N. T. c. España</i>	373
— Abuse of rights in the jurisprudence justification of «border rejection». Analysis of the decision 172/2020 (November 19th) of the Spanish Constitutional Court, and the ECHR decision (February 13th, 2020) on <i>N. D. and N. T. v. Spain</i> .	
CUADRÓN, S., <i>Las devoluciones en caliente y el derecho a la defensa del extranjero en frontera: ¿quebrantamiento de un derecho fundamental?</i>	381
— Hot returns and the foreigner's right of defence on border: breaking a fundamental right?	

¿ENTRE MIGRACIÓN Y REFUGIO? DESPLAZAMIENTOS POR CAUSAS CLIMÁTICAS E INADECUACIÓN NORMATIVA (I): LA NECESIDAD DE BUSCAR RESPUESTAS ADECUADAS EN EL ÁMBITO UNIVERSAL Y EN CIERTOS ESPACIOS REGIONALES/ BETWEEN MIGRATION AND REFUGE? DISPLACEMENTS CAUSED BY CLIMATE AND NORMATIVE INADEQUACIES (I): THE NEED TO SEEK ADEQUATE RESPONSES AT THE UNIVERSAL LEVEL AND IN SOME REGIONAL SPACES

OCHOA, N., <i>Estados que se hunden: ¿Qué soluciones ofrece el Derecho internacional a los migrantes climáticos que abandonan los territorios afectados por la elevación del nivel del mar?</i>	389
---	-----

	Pág.
— Sinking States: What solutions does International Law offer to climate change migrants who leave territories affected by sea level rise?	
BORRÁS, S. y VILLAVENCIO-CALZADILLA, P., <i>El principio de no devolución en tiempos de emergencia climática: una revisión necesaria para la protección del refugio y el asilo climático</i>	399
— The principle of non-refoulement in times of climate emergency: a necessary review for the protection of climate refuge and asylum	
CORTI, J., <i>La protección regional de los migrantes climáticos en América Latina</i> ...	409
— Regional protection of climate migrants in Latin America	

DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO EN EL CONTEXTO
DE LAS MIGRACIONES/
ANTIDISCRIMINATORY LAW IN THE CONTEXT OF MIGRATIONS

RUIZ SUTIL, C., <i>Migraciones y discriminación por razón de género: las distintas violencias contra las mujeres y niñas en las normativas de extranjería y de protección internacional</i>	417
— Migration and gender-based discrimination: the different violences against women and girls from the perspective of the rules on the status of foreigners and international protection	
ORTIZ VIDAL, M. D., <i>Migración y derechos laborales: la violencia y el acoso en el mundo del trabajo</i>	425
— Migration and labour rights: violence and harassment in the world of work	

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

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

MORENO CORDERO, G., <i>Regímenes aplicables al ejercicio de la profesión de abogado en España: disociación del efecto profesional y académico</i>	435
— Applicable regimes to the exercise of the legal profession in Spain: dissociation of professional and academic effects	

IV. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL/
INTERNATIONAL JURISPRUDENCE

REMIRO BROTONS, A., <i>Comentarios a la Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 1 de octubre de 2018 en el caso de la Obligación de negociar un acceso (soberano) al océano Pacífico (Bolivia c. Chile)</i>	445
— Comments about the Judgement of 1 October 2018 of the International Court of Justice on the case <i>Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile)</i>	

V. BIBLIOGRAFÍA/BIBLIOGRAPHY
RECENSIONES/BOOK REVIEWS

ABRISKETA URIARTE, J., <i>Rescate en el mar y asilo en la Unión Europea. Límites del Reglamento de Dublín III</i> , Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2020, 280 pp., por S. Morgades Gil	465
BARBÉ, E., <i>Relaciones Internacionales</i> , 4. ^a ed., Madrid, Tecnos, 2020, 416 pp., por F. J. Verdes-Montenegro	467
BLANCO MORÁN, S., <i>Lucha contra el narcotráfico en América Latina-Caribe. La labor de la Organización de Estados Americanos (OEA)</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, 381 pp., por Y. Gamarra	468
CUARTERO RUBIO, M. V., <i>Cooperación judicial civil en la Unión Europea y tutela en origen de derechos fundamentales</i> , Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2020, 140 pp., por M. J. Elvira Benayas	470
DE MIGUEL ASENSIO, P., <i>Conflict of Laws and the Internet</i> , Cheltenham/Northampton, Edward Elgar Publishing, 2020, 576 pp., por D. Moura Vicente...	472
DE YTURRIAGA BARBERÁN, J. A., <i>El Sáhara español: un conflicto aún por resolver</i> , Madrid, Sial/Casa de África, 2020, 666 pp., por E. W. Petit de Gabriel	473
FERNÁNDEZ-ROJO, D., <i>EU Migration Agencies: The Operation and Cooperation of FRONTEX, EASO and Europol</i> , Cheltenham/Northampton, Edward Elgar Publishing, 2021, 254 pp., por A. M. Maestro Cortizas.....	475
GOÑI URRIZA, N., <i>Las donaciones en Derecho internacional privado</i> , Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2020, 215 pp., por P. Jiménez Blanco.....	477
JIMÉNEZ GARCÍA, F., <i>Derecho internacional líquido: ¿efectividad frente a legitimidad?</i> , Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2021, 331 pp., por C. Martínez Capdevila	478
MARÍN CONSARNAU, D. (coord.), <i>Retos en inmigración, asilo y ciudadanía. Perspectiva Unión Europea, internacional, nacional y comparada</i> , Madrid, Marcial Pons, 2021, 370 pp., por L. Serrano Sánchez	480
MARRERO ROCHA, I., <i>Soldados del terrorismo global. Los nuevos combatientes extranjeros</i> , Madrid, Tecnos, 2020, 224 pp., por A. Demurtas.....	482
MARTÍN RODRÍGUEZ, P. (dir.), <i>Nuevo Mundo, Nueva Europa. La redefinición de la Unión Europea en la Era del Brexit</i> . XXVIII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, 552 pp., por A. Olesti Rayo	483
OANTA, G. A., <i>La sucesión de Estados en las organizaciones internacionales: examen de la práctica internacional</i> , Barcelona, Bosch Editor, 2020, 379 pp., por J. Roldán Barbero.....	485
ORTEGA GIMÉNEZ, A., <i>Incoterms 2020 y compraventa internacional de mercaderías: teoría y práctica</i> , Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2020, 266 pp., por B. Campuzano Díaz.....	487
OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C. (dir.), <i>Ejecución de decisiones relativas a deudas monetarias en la Unión Europea. Experiencia española y adopción de decisiones informadas</i> , Madrid, Dykinson, 2020, 298 pp., por I. Antón Juárez	488
PALAO MORENO, G., <i>Arbitraje en contratos internacionales de transferencia de tecnología</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, 292 pp., por J. J. Álvarez Rubio...	490
PARDO IRANZO, V., <i>La supresión del exequátur. Libre circulación de títulos ejecutivos en la Unión Europea</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, 208 pp., por P. Juárez Pérez.....	492

	Pág.
PASCUAL-VIVES, F., <i>Consensus-Based Interpretation of Regional Human Rights Treaties</i> , Leiden/Boston, Brill Nijhoff, 2019, 290 pp., por A. del Valle Gálvez.	493
PASTOR PALOMAR, A., <i>La preparación de las empresas españolas ante el Brexit: claves jurídicas</i> , Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2020, 325 pp., por J. Díez-Hochleitner	495
PÉREZ DE ARMIÑO, K. y ZIRION LANDALUZE, I. (coords.), <i>Pax Crítica. Aportes teóricos a las perspectivas de paz posliberal</i> , Madrid, Tecnos/HEGOA, 2020, 472 pp., por F. J. Verdes-Montenegro	497
REMI NJIKI, M., <i>El Estatuto Jurídico de los nacionales de África, Caribe y Pacífico (ACP) en la Unión Europea</i> , Madrid, Reus, 2019, 343 pp., por L. Calvo Mariscal	498
SABIDO RODRÍGUEZ, M., <i>Régimen jurídico de los contratos turísticos internacionales: la protección del turista-consumidor</i> , Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2020, 203 pp., por S. Feliu Álvarez de Sotomayor	500
SÁNCHEZ FRÍAS, A., <i>Las obligaciones de cooperación penal de los Estados en la acción contra el terrorismo</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, 445 pp., por E. W. Petit de Gabriel	502
SANTOS VARA, J., <i>La dimensión exterior de las políticas de inmigración de la Unión Europea en tiempos de crisis</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, 157 pp., por C. Gortázar Rotaache	503

NOTA INTRODUCTORIA DEL CONSEJO DE REDACCIÓN

El Consejo de Redacción que actualmente dirige la *Revista* anunció, al iniciar su andadura con el primer número de 2020, la intención de dedicar periódicamente un número de la *Revista* a un tema monográfico que pueda ser tratado desde la triple perspectiva del Derecho internacional público, el Derecho internacional privado y las Relaciones internacionales.

Para el primer número de estas características se eligió el tema de «Migración y asilo: análisis y perspectivas», haciendo un llamamiento a contribuciones que fue publicado en el sitio web de la AEPDIRI, sí como en redes sociales.

La respuesta recibida de los investigadores de las tres disciplinas nos sorprendió muy gratamente a los miembros del Consejo. Se presentaron 114 propuestas de contribuciones a dicho llamamiento. Tras un arduo y doloroso (pues siempre duele descartar una propuesta de trabajo) proceso de selección, las propuestas fueron reducidas a menos de la mitad, quedando seleccionadas 54 propuestas.

Teniendo en cuenta que, además de los estudios dedicados al monográfico, debíamos reservar un espacio para los estudios recibidos y evaluados sobre otras materias, así como para las secciones de Foro, Práctica española y Bibliografía, el Consejo se percató rápidamente de que, si se recibían todas las propuestas aceptadas y todas eran evaluadas positivamente en la evaluación por pares de doble ciego, era imposible que un número de nuestra *Revista* recogiera todos los originales. Por ello, el Consejo adoptó varios acuerdos: en lugar de un número de la *Revista*, dedicaremos dos números a este monográfico (el núm. 2 de 2021 y el núm. 1 de 2022); la extensión de los estudios de este monográfico, que conforme a las normas de estilo pueden tener hasta 80.000 caracteres, deben tener un máximo de 50.000 caracteres; algunos trabajos que versan sobre temas conexos se han desviado a la sección del Foro; y la sección de Práctica española se ha fusionado en esta sola ocasión con la sección del Foro. Se comunicaron estas decisiones a los autores que, debe destacarse, las asumieron sin ningún tipo de queja. La reducción del espacio de los estudios no ha desmerecido en absoluto la calidad de los mismos y los autores que se han llevado a la sección de Foro han aceptado muy amablemente la coordinación.

El resultado lo tiene el lector en sus manos. Este es el primer número de los dos que se dedican monográficamente al tema de «Migración y asilo: análisis y perspectivas». El lector encontrará además una sección de Miscelánea en la sección de Estudios y las secciones de Foro, en la que se explica la selección y orientación de los trabajos en una introducción propia redactada por los coordinadores de la sección, y la Bibliografía.

El Consejo de Redacción desea agradecer a la comunidad científica del Derecho internacional público y privado y de las Relaciones internacionales la respuesta dada a nuestro llamamiento para el número monográfico. Esta respuesta nos ha demostrado lo correcto de la decisión adoptada y procuraremos, periódicamente, repetir esta experiencia con nuevos temas de interés para las tres disciplinas.

EL CONSEJO DE REDACCIÓN

EDITORIAL

A VUELTAS SOBRE EL FUTURO DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: EN RECUERDO DE ALEGRÍA BORRÁS

Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS

Catedrática de Derecho Internacional Privado
Universidad de Barcelona

El 14 de diciembre de 2020 falleció Alegría Borrás, Catedrática de Derecho internacional privado de la Universidad de Barcelona y antigua directora de esta *Revista*, quien durante muchos años fue además la delegada española en la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado. Su fallecimiento, inesperado pese a la gravedad de su enfermedad, tuvo enorme repercusión en la comunidad académica, tanto en España como en el extranjero, y entre los miembros y amigos de la Conferencia. La organización emitió el día 15 de diciembre una nota necrológica destacando las múltiples funciones ejercidas por Alegría en el seno de la organización y su importante contribución a la unificación de la traducción al español de los Convenios de La Haya. Ya en 2016 se le había tributado un homenaje *ad personam*, lo que es excepcional.

En una nota que redactamos la Profesora Marta Pertegás y yo misma para el blog *Conflict of laws*, publicada el 26 de enero de 2021, decíamos que sin Alegría Borrás los trabajos de la Conferencia no hubieran penetrado como lo han hecho en el Derecho internacional privado español. La sección de Información y documentación de esta *Revista*, que durante muchos años coordinó, y las notas que sobre la Conferencia elaboró para el *Anuario español de Derecho internacional privado*, daban puntualmente cuenta de los trabajos de la Organización. Lo que se estaba «cociendo» en La Haya no resultaba ajeno a los internacionalprivatistas españoles.

Uno de los últimos trabajos de Alegría fue el Editorial de la *REDI* del vol. 71, núm. 2, del año 2019, cuyo título retomo parcialmente a modo de homenaje. Allí Alegría distinguía tres fases en la vida de la Conferencia: una primera, fundacional, desde 1893 hasta la entrada en vigor del estatuto de la Organización en 1955; una segunda, de consolidación, que llegaría hasta

el año 2007 en el que la Unión Europea se integró como miembro de pleno derecho, y la tercera, de transformación, que se inicia a partir de entonces.

Contrariamente a lo habitual en ella, Alegría no era muy optimista acerca del futuro de la organización. Veía los nubarrones sobre La Haya, a los que ya hizo referencia el Profesor Teun Struycken en los momentos iniciales de la comunitarización del Derecho internacional privado. Se trasluce asimismo en el Editorial cierta nostalgia por aquellos tiempos en los que la Conferencia era el lugar de encuentro de los profesores de Derecho internacional privado europeos, que impulsaban el desarrollo de la disciplina con relativamente pocas interferencias de los Ministerios de Asuntos Exteriores que los acreditaban.

Los tiempos han cambiado y los profesores han cedido terreno a funcionarios ministeriales, jueces y aplicadores del Derecho, cuando no a diplomáticos, con una comprensión a veces limitada de las sutilezas del Derecho internacional privado. A cambio, y es justo reconocerlo, la cruda y prosaica realidad se ha abierto camino en La Haya. Una realidad en la que las normas muchas veces ni se comprenden ni se aplican y donde los recursos disponibles son siempre escasos. Y los Convenios no se valoran tanto por su excelencia técnica y brillantez, sino por su utilidad.

Se han producido además cambios estructurales en la Organización. La Unión Europea, que con la fuerza de un ciclón inundó los estuarios del Derecho internacional privado europeo, ocupando la nueva competencia en materia de cooperación civil, ha empujado a la vieja Conferencia a transformarse en un foro global de codificación del Derecho internacional privado. Consciente de la necesidad de superar el eurocentrismo para garantizarse su propia supervivencia, la Conferencia, que ahora quiere ser llamada la HCCH, ha crecido exponencialmente. Desde el año 2000 se ha prácticamente duplicado el número de Estados miembros, con una creciente implantación en Hispanoamérica y Asia. En 2020 se integraron en la Organización la República Dominicana, Uzbekistán y Nicaragua, en 2021 se ha producido o se va a producir el ingreso de Colombia, Honduras, Líbano, Mongolia, Tailandia y Namibia.

Los nubarrones no acaban, no obstante, de disiparse. El art. 1 del estatuto de la HCCH establece que esta tiene por objeto trabajar en la unificación progresiva de las normas de Derecho internacional privado. Esta misión solía equipararse a la elaboración de Tratados internacionales. En la última etapa, desde la modificación del estatuto en el año 2007 hasta la fecha actual, se han elaborado, sin embargo, únicamente cuatro instrumentos —el Convenio y Protocolo de alimentos de 2007, que prácticamente se negociaron en el periodo anterior; los Principios en materia de contratos internacionales del año 2015, que son el primer instrumento de *soft law* respecto al cual podría cuestionarse la necesidad de que se elaborara en el seno de una Organización internacional gubernamental, y el Convenio de 2019 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias—. Un resultado pobre sobre todo si se contrasta con la cincuentena de Convenios adoptados en el periodo anterior.

Esta producción coexiste ciertamente con otras labores. Labores relacionadas con la implementación de las normas, que tienen cada vez mayor protagonismo, y adoptan diferentes formas, desde la tradicional celebración de Comisiones especiales de seguimiento de la aplicación de los Convenios, hasta la elaboración de Manuales, Guías prácticas, *Country profiles*, bases de datos o *software*, y la creación y mantenimiento de Redes de jueces, etc. Si se examinan las Conclusiones y Recomendaciones del Consejo de Asuntos Generales de este año 2021, se advierte fácilmente hasta qué punto el eje de la labor de la Conferencia se ha ido desplazando hacia estas otras tareas posconvencionales y de asistencia.

El desarrollo de estas actividades no deja de plantear dificultades. Es obvio, en primer lugar, que los recursos son a todas luces insuficientes porque en un contexto de crecimiento exponencial de la organización y de integración de Estados con estructuras administrativas débiles y escasa tradición en materia de Derecho internacional privado, la tarea es inconmensurable. En algunos casos puede incluso cuestionarse que la realización de estas tareas por parte de la Oficina Permanente, con sus juristas diplomáticos, sea la fórmula más eficiente. Las Guías prácticas y las bases de datos las podrían elaborar y mantener, por ejemplo, las Universidades o instituciones de investigación a un coste inferior y seguramente con mayor calidad, si contaran con financiación para ello. Y además, y eso es lo verdaderamente preocupante, no hay garantía de que la proliferación de recursos, mayoritariamente disponibles en inglés y francés, tenga eco fuera de los círculos iniciados.

Vista la evolución de la Conferencia, sigue siendo en mi opinión pertinente la pregunta que planteó Andreas Bucher en el *Libro homenaje a Alegría* publicado en 2013: ¿Es concebible una Conferencia que no elabore Convenios? O formulada en otros términos más flexibles: ¿cómo puede trabajarse en aras de la unificación del Derecho internacional privado cuando resulta que ya no se consigue elaborar Convenios? Con carácter previo, procede asimismo preguntarse acerca de si la imposibilidad de elaborar Convenios es coyuntural o estructural.

Hay factores que dificultan sobremanera la elaboración de Tratados internacionales. En primer lugar, es el propio crecimiento global de la Organización lo que dificulta la unificación de normas de Derecho internacional privado. Una mayor diversidad económica, social y cultural impide que se aborden las cuestiones candentes, particularmente en un sector en el que tradicionalmente la Conferencia ha tenido cierto éxito como es el Derecho de familia. La dificultad es de base pues es necesario conseguir la autorización del Consejo de Asuntos Generales para iniciar las negociaciones. Así lo demostraría la trayectoria del Grupo de expertos en materia de filiación y maternidad subrogada, que sigue interrogándose acerca de la oportunidad de iniciar la negociación de un instrumento internacional, seis años después de su constitución.

Tampoco ayuda a la elaboración de instrumentos internacionales el escaso éxito de la Conferencia en la consecución de soluciones de Derecho interna-

cional privado susceptibles de ser aceptadas universalmente. La pretensión de unificar normas de conflicto, por ejemplo, choca una y otra vez con las reticencias de los Estados que, por cuestiones de principio, no están en disposición de aplicar Derecho extranjero. Y es escasamente útil para todos aquellos cuyas reticencias no son de principio, sino prácticas. Tampoco es adecuado propugnar soluciones que pueden funcionar en Europa como modelo de normas para solucionar problemas universales. Y en un contexto como el actual, de cambios sociales y económicos trepidantes, es posiblemente la propia rigidez de la fuente con los inherentes riesgos de petrificación de las normas lo que puede resultar poco adecuado.

La Conferencia necesita, por consiguiente, repensarse. Para que se disipen los nubarrones sobre La Haya hace falta determinación, coraje e imaginación. ¡Y que vuelvan los académicos a la Conferencia!

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

**EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD Y REPARTO EQUITATIVO
DE LA RESPONSABILIDAD ENTRE ESTADOS
EN LA POLÍTICA EUROPEA DE ASILO:
LA CONFORMACIÓN DE LA REUBICACIÓN
EN UN CONTEXTO DE CRISIS**

Nuria ARENAS HIDALGO*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD Y REPARTO EQUITATIVO DE LA RESPONSABILIDAD EN ASILO.—2. EXPERIENCIAS DE APLICACIÓN PRÁCTICA. LAS FÓRMULAS DE REUBICACIÓN *AD HOC* Y *EX POST*.—2.1. La primera experiencia conjunta: el proyecto EUREMA.—2.2. El Mecanismo de Reubicación de Emergencia. Las medidas vinculantes, pero provisionales.—2.3. La reubicación de menores no acompañados/as y la «crisis de desembarco». El enfoque bilateral y multilateral *ad hoc* de la solidaridad.—3. PROPUESTAS NORMATIVAS. LA CONFORMACIÓN DE LA SOLIDARIDAD EN EL SECA.—3.1. El Mecanismo de Reubicación de Crisis de 2015.—3.2. El Mecanismo de Asignación Correctora de 2016. 3.3. El Nuevo Pacto Europeo de Migración y Asilo de 2020. La solidaridad obligatoria, pero flexible.—4. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN. EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD Y REPARTO EQUITATIVO DE LA RESPONSABILIDAD EN ASILO

El Derecho Internacional de las Personas Refugiadas no establece una obligación de cooperación con aquellos Estados que, por su situación geográ-

* Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Huelva (nuria@dpub.uhu.es). Centro de Investigación en Pensamiento Contemporáneo e Innovación para el Desarrollo Social (COIDESO). Estudio realizado en el marco del Proyecto «Teorías de la justicia y derecho global de los derechos humanos» (referencia PID2019-107172RB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación de España. Todas las páginas web mencionadas han sido consultadas el 12 de mayo de 2021.

fica o de proximidad con los países desde los que huyen las personas solicitantes de protección internacional, pudieran verse más expuestas a las llegadas. Esto genera una especie de *solidaridad por proximidad* que produce un dispar reparto de la responsabilidad respecto de estas personas, cuya falta de equidad sería tolerable siempre que el número de solicitantes fuera moderado, pero con visos de quiebra cuando este supera las posibilidades de acogida del mismo. El llamamiento a la *solidaridad internacional* del Preámbulo del Convenio de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados (considerando núm. 4) o del Acta Final de la Conferencia (Sección IV.D) no se transformó en ninguna medida para hacerlo efectivo¹. La cooperación al respecto es voluntaria y no está institucionalizada. El deseo de solidaridad se materializa, pues, a través de la cooperación de los Estados con ACNUR (art. 35 Convenio), en forma de asistencia de carácter financiero (solidaridad financiera) o a través de la colaboración en programas de reasentamiento (solidaridad física). La importancia de este tema y la ausencia de voluntad para llenar esta laguna a través de un instrumento vinculante se ha vuelto a poner de manifiesto con motivo de las negociaciones del Pacto Mundial sobre los Refugiados².

En el contexto de la Unión Europea (UE), podría esperarse una mayor definición de la solidaridad entre Estados, habida cuenta que la solidaridad es un valor fundacional y existencial de la Unión, al tiempo que constituye «la base de la construcción europea»³. Más concretamente, en lo que respecta a la Política de asilo, el art. 67.2 TFUE⁴ exige que su desarrollo esté basado en la solidaridad entre Estados, y el propio sistema europeo común de asilo (SECA) se define como un «área común de protección y solidaridad». A mayor abundamiento, el Tratado de Lisboa incorpora el art. 80 TFUE⁵,

¹ En el Preámbulo del Convenio, las Altas Partes Contratantes consideran: «Que la concesión del derecho de asilo puede resultar excesivamente onerosa para ciertos países y que la solución satisfactoria de los problemas cuyo alcance y carácter internacional han sido reconocidos por las Naciones Unidas no puede, por esto mismo, lograrse sin solidaridad internacional». Asimismo, en el Acta Final de la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas se recomienda a los gobiernos: «Que continúen recibiendo a los refugiados en su territorio y actúen de común acuerdo, con verdadero espíritu de solidaridad internacional, a fin de que los refugiados puedan hallar asilo y posibilidades de reasentamiento», UNTS, núm. 2.545, vol. 189, p. 137.

² AGNU. A/RES/73/151, 10 de enero de 2019.

³ Concretamente, el Abogado General Bot considera que la solidaridad es la quintaesencia de lo que constituye, a la vez, la razón de ser y el objetivo del proyecto europeo. Conclusiones en el asunto *República Eslovaca y Hungría/Consejo de la Unión Europea*, C-643/15 y C-647/15, ECLI:EU:C:2017:618, apdos. 18 y 19. Por su parte, la Abogada General Sharpston calificó a la solidaridad como «la savia del proyecto europeo». Conclusiones en el asunto *Comisión/República de Polonia, República Checa y Hungría*, C-715/17, C-718/17, C-719/17, ECLI:EU:C:2019:917, apdo. 246.

⁴ Art. 67.2 TFUE: «Garantizará la ausencia de controles de las personas en las fronteras interiores y desarrollará una política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores que esté basada en la solidaridad entre Estados miembros y sea equitativa respecto de los nacionales de terceros países. A efectos del presente título, los apátridas se asimilarán a los nacionales de terceros países».

⁵ Art. 80 TFUE: «Las políticas de la Unión mencionadas en el presente capítulo y su ejecución se regirán por el principio de solidaridad y de reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros, también en el aspecto financiero. Cada vez que sea necesario, los actos de la Unión adoptados en virtud del presente capítulo contendrán medidas apropiadas para la aplicación de este principio».

en virtud del cual se formaliza, por primera vez en Derecho originario, *el principio de solidaridad y reparto equitativo de la responsabilidad* que, en palabras del Tribunal de Justicia, es el principio rector de la política europea de asilo⁶. Este principio es un mandato expreso para que tanto Instituciones como Estados miembros (EM) aborden esta materia desde una perspectiva común, con objeto de que la Política de asilo, tanto en su diseño como en su ejecución, garantice que las responsabilidades se comparten equitativamente, para una mejor consecución de los objetivos de los Tratados⁷. A pesar de estos avances, a día de hoy no se dispone de un mecanismo efectivo de solidaridad ni se han adoptado normas equitativas en materia de responsabilidad. Muy al contrario, el SECA tiene como piedra angular el sistema Dublín⁸, cuyo criterio básico de asignación de la responsabilidad para el análisis de las solicitudes —el país de primera entrada— resulta profundamente inequitativo y se halla en el origen del colapso en algunos países y la consiguiente deplorable acogida que ha protagonizado Europa en los últimos años⁹. Las percibidas como crisis migratorias o de personas refugiadas devienen crisis de solidaridad y confianza mutua que ponen en cuestión el propio proceso de integración. El llamamiento a la solidaridad se produce así en contextos de excepción y deviene en respuestas *ad hoc*, de carácter voluntario y diseñadas en una lógica compensatoria de las deficiencias del sistema¹⁰. El recurso a la solidaridad física, la reubicación de personas solicitantes de asilo o refugiadas, resulta ser una medida fundamental para corregir las disfunciones e inequidades, pero también es la más controvertida¹¹. Con esta perspectiva, en el presente trabajo se llevará a cabo un doble análisis: en primer lugar, se expondrán los casos de aplicación práctica de la

⁶ STJUE (Gran Sala), de 6 de septiembre de 2017, *República Eslovaca y Hungría/Consejo de la Unión Europea*, C-643/15 y C-647/15, ECLI:EU:C:2017:631, apdo. 291.

⁷ STJUE (Gran Sala), de 6 de septiembre de 2017, *República Eslovaca y Hungría/Consejo de la Unión Europea*, *op. cit.*, apdo. 253. VANHEULE, D., VAN SELM, J. y BOSWELL, C., *Aplicación del artículo 80 del TFUE relativo al principio de solidaridad y de reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros, también en el aspecto financiero, en el ámbito de los controles en las fronteras, el asilo y la inmigración*. ESTUDIO, Bruselas, Dirección General de Políticas Interiores, Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo, 2011, p. 6.

⁸ Reglamento (UE) núm. 604/2013, del Parlamento Europeo y el Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, *DOUE* L 180/31, de 29 de junio de 2013.

⁹ KARAGEORGIU, E., «The Law and practice of solidarity in the Common European Asylum System: Article 80 TFUE and its added value», *European Policy Analysis*, 2016, pp. 1-12; MCDONOUGH, P. y TSOURDI, E., «Putting solidarity to the test: assessing Europe's response to the asylum crisis in Greece», *Research Paper*, núm. 231, UNHCR, 2012.

¹⁰ THYM, D. y TSOURDI, E., «Searching for solidarity in the EU asylum and border policies: constitutional and operational dimensions», *Maastricht Journal of ECL*, vol. 24, 2017, núm. 5, p. 610.

¹¹ La Comisión ha definido la reubicación como la transferencia de los beneficiarios o solicitantes de protección internacional de un Estado miembro a otro, asumiendo el Estado miembro de acogida la responsabilidad del examen de la solicitud o de las medidas de integración. COMISIÓN EUROPEA, «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre una mayor solidaridad en la UE en el ámbito del asilo. Una agenda de la UE para un mejor reparto de la responsabilidad y una mayor confianza mutua», COM (2011) 835 final, Bruselas, de 2 de diciembre de 2011, p. 8.

solidaridad física o de reubicación, desde el primer proyecto piloto conjunto EUREMA, hasta el sistema de reubicación de emergencia y los acuerdos bilaterales y multilaterales adoptados durante la llamada crisis de desembarco, en los últimos años. A continuación, se analizarán las propuestas normativas que se han presentado con objeto de incorporar un mecanismo de solidaridad efectivo, predeterminado y vinculante en el SECA, desde el mecanismo de reubicación de crisis de 2015, y el de reforma de 2016, hasta el reciente Nuevo Pacto Europeo de Migración y Asilo. Hasta ahora ninguna ha visto la luz.

2. EXPERIENCIAS DE APLICACIÓN PRÁCTICA. LAS FÓRMULAS DE REUBICACIÓN *AD HOC* Y *EX POST*

2.1. La primera experiencia conjunta: el proyecto EUREMA

La experiencia práctica en torno a la solidaridad física o en la acogida ha sido extremadamente limitada con anterioridad a la crisis del 2015 y se ha reducido a algunas iniciativas *ad hoc* y a un solo proyecto institucional, EUREMA, de impacto relativo. La reubicación, en este contexto, nace como fórmula anecdótica, accesoria de otras medidas de solidaridad técnica y financiera, y para situaciones extraordinarias.

El proyecto EUREMA (Pilot Project for intra-EU Relocation from Malta) fue el primer caso de aplicación de una iniciativa conjunta y multilateral para la reubicación de personas beneficiarias de protección internacional en la Unión Europea. A la vista de la situación de emergencia humanitaria que se vivía en el Mediterráneo y de la desproporcionada presión que soportaban países como Chipre, Grecia, Italia o Malta, el Consejo Europeo de junio de 2009 instó a adoptar una iniciativa basada en la firmeza, la solidaridad y el reparto de las responsabilidades, cuya primera manifestación debía ser la coordinación de medidas de reubicación interna¹². En respuesta a esta solicitud, la Comisión —a propuesta del Comisario Barrot— presentó un «proyecto piloto» para Malta que sería una estrategia de reubicación paralela y simultánea a los acuerdos bilaterales que pudieran firmar también los EM. Si bien parece que el llamamiento del Consejo Europeo se realizó en términos más generales, con intención de que la iniciativa pudiera ser solo el comienzo de una estrategia más amplia, este no se reprodujo en otros Estados afectados ni dio lugar al planteamiento de un marco operativo institucionalizado. Se trató, por tanto, de una experiencia limitada —tanto en objetivos como en su repercusión práctica— que sirvió, no obstante, para poner de manifiesto las dificultades técnicas, jurídicas o institucionales de este tipo de operaciones cuando se pretenden a una escala mayor que la meramente bilateral.

¹² CONSEJO EUROPEO, Conclusiones de la Presidencia. Bruselas, 18-19 de junio de 2009, doc. 1225/2/09 CONCL 2, párrs. 36-39, pp. 14-15.

El proyecto piloto —que contó con la colaboración de ACNUR y la OIM— se desarrolló en dos fases. En EUREMA I (2009-2011) participaron diez EM y en EUREMA II (2011-2013) fueron siete. Si a esa cifra se suman los Estados que optaron por la vía bilateral (Dinamarca, España, Irlanda y Países Bajos) y los tres Estados asociados (Liechtenstein, Noruega y Suiza), el cómputo total de países involucrados en la reubicación no fue desdeñable, como tampoco el hecho de que un número importante de ellos fueran Estados de reciente adhesión, para los que se trató de su primera experiencia al respecto¹³. Sin embargo, la primera propuesta multilateral de reubicación no resultó atractiva para el conjunto de la Unión ni tuvo una incidencia significativa¹⁴. Las garantías de voluntariedad y de flexibilidad del proyecto piloto no resultaron suficientes (los Estados tenían libertad para decidir si participar o no, si hacerlo bajo el proyecto piloto y con su financiación o mediante acuerdos bilaterales, establecer el perfil y la cantidad de personas que estaban dispuestos a acoger, los plazos o el estatuto a conceder). Se prefirió la vía bilateral a la institucional y, *a posteriori*, se negaron a diseñar un mecanismo permanente de reubicación ni siquiera voluntario, tal y como habían solicitado Comisión y Parlamento Europeo¹⁵. La reducción del margen de maniobra del que gozan a nivel bilateral unido al temor de que el recurso habitual a la reubicación pudiera actuar como factor de atracción de la inmigración irregular empieza a ponerse sobre la mesa¹⁶. La concepción del proyecto, así como su desarrollo práctico da muestras de las enormes posibilidades de la reubicación como fórmula de solidaridad. Sin embargo, esta se concibe como un recurso marginal y parte de una «caja de herramientas flexible y abierta»¹⁷. La solidaridad no se considera que genere obligaciones jurídicas vinculantes, sino gestos políticos de apoyo que van a depender de la buena voluntad de los Estados y que la Unión solo puede estimular y coordinar. Ese enfoque voluntarista sí tuvo un aspecto positivo que no se reproduce en modelos posteriores: resultaba voluntario también para las personas beneficiarias. El proyecto EUREMA, en definitiva, no modifica la concepción básica del sistema y así, sin enmendar los errores, se llega a la mayor crisis migratoria de la Unión Europea.

¹³ EASO, *Fact finding report on intra-EU relocation activities from Malta*, julio de 2012, pp. 4 y 8.

¹⁴ EUREMA I supuso la reubicación de 227 personas. En cuanto a EUREMA II, logró reubicar a 258 personas, si bien la mayoría gracias a los acuerdos bilaterales y solo 14 en el contexto de la iniciativa común. Se trata de cifras modestas, si se tiene en cuenta el número de personas solicitantes de asilo llegadas a Malta (solo entre 2009 y 2011 recibió 4.380 solicitudes) y, especialmente, si tenemos en cuenta lo que suponía esa cifra en términos relativos (en relación con su población), comparada con la que recibían otros EM. THIELEMANN, E. y ARMSTRONG, C., «Evaluating the Prospects for Enhanced Solidarity in the Common European Asylum System», *European Policy Analysis*, octubre de 2012, p. 11.

¹⁵ COMISIÓN EUROPEA, «Una agenda de la UE para un mejor reparto de la responsabilidad», *op. cit.*, p. 9.

¹⁶ DI NAPOLI, E. y RUSSO, D., «Solidarity in the European Union in time of crisis: towards “European solidarity”», en FEDERICO, V. y LAHUSEN, Ch. (eds.), *Solidarity as a Public Virtue? Law and Public Policies in the European Union*, Nomos, 2018, p. 235.

¹⁷ Un marco común para la «solidaridad auténtica y práctica». Conclusiones del Consejo sobre un marco común para la solidaridad auténtica y práctica con los Estados miembros que experimenten una presión especial debida a flujos migratorios mixtos. Doc. 7485/12, Bruselas, 9 de marzo de 2012.

2.2. El Mecanismo de Reubicación de Emergencia. Las medidas vinculantes, pero provisionales

Ante la percibida como una situación especialmente crítica y acuciante de migración masiva, en 2015 se decide activar —por primer vez— el *mecanismo de emergencia* del art. 78.3 TFUE¹⁸, y con él se adoptan medidas «provisionales» como son, en primer lugar, la suspensión temporal de la aplicación del art. 13.1 del Reglamento Dublín III (entrada irregular) y, en segundo lugar, la *reubicación* de las personas que hubieran pedido protección en Grecia e Italia para que otro EM procediese al examen de su solicitud. Así, se aprueban dos Decisiones (Decisión 2015/1523, del Consejo, de 14 de septiembre, y Decisión 2015/1601, del Consejo, de 22 de septiembre), por las que se reubicaría a 160.000 personas en dos años¹⁹. La Decisión 2015/1601 también introdujo una clave de asignación que indicaba el modo en el que los nacionales de terceros países concernidos debían ser repartidos en los EM²⁰. Eslovaquia y Hungría, junto con Polonia y la República Checa, votaron en contra de dicha Decisión e incumplieron flagrantemente sus obligaciones al respecto. Esta disputa se elevó a la vía judicial, dando como resultados dos importantes pronunciamientos que han venido a subrayar no solo la validez de las Decisiones, sino también el carácter vinculante del principio de solidaridad y, con él, una reubicación a la que debieron contribuir *todos* los EM²¹.

El sistema de reubicación de emergencia fue una decisión histórica que impuso, por primera vez, a los EM obligaciones específicas de solidaridad en la acogida y dotó de contenido claro y vinculante al principio de solidaridad y reparto equitativo de responsabilidades. Esta experiencia identificó la reu-

¹⁸ Art. 78.3 TFUE: «Si uno o varios Estados miembros se enfrentan a una situación de emergencia caracterizada por la afluencia repentina de nacionales de terceros países, el Consejo podrá adoptar, a propuesta de la Comisión, medidas provisionales en beneficio de los Estados miembros afectados. El Consejo se pronunciará previa consulta al Parlamento Europeo». El Parlamento Europeo vota a favor en una sesión de urgencia, el día 17 de septiembre de 2015.

¹⁹ Decisión 2015/1523, del Consejo, de 14 de septiembre, relativa al establecimiento de medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en favor de Italia y Grecia (*DOUE* L 239, de 15 de septiembre de 2015); Decisión 2015/1601, del Consejo, de 22 de septiembre, por la que se establecen medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en beneficio de Italia y Grecia (*DOUE* L 248, de 24 de septiembre de 2015). Cuando me refiera a ambas Decisiones, las denominaré Decisiones de Reubicación de Emergencia.

²⁰ Se determinaron cuatro variables para disponer el reparto de personas entre los Estados: la población, el PIB, el promedio de solicitudes de asilo en los 5 años anteriores por millón de habitantes y la tasa de desempleo. En virtud de esta clave, a España le correspondía acoger: 1.896 personas desde Italia y 6.127 desde Grecia. Sobre el incumplimiento de las obligaciones de España y la sentencia del TS al respecto, véase JIMÉNEZ PINEDA, E., «The judgment of the Supreme Court sentencing Spain for failing to duly comply with the council decisions (EU) 2015/1523 and 2015/1601 on international protection for the benefit of Italy and Greece (STS 2546/2018, 9 July 2018)», *SYBIL*, 2018, núm. 22, pp. 439-450.

²¹ STJUE (Gran Sala), de 6 de septiembre de 2017, *República Eslovaca y Hungría/Consejo de la Unión Europea*, *op. cit.* Sobre esta sentencia, véase ABRISKETA, J., «La reubicación de los refugiados: un déficit de solidaridad y una brecha en la Unión Europea: comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de septiembre de 2017, asuntos C-643/15 y C-647/15, *Hungría y Eslovaquia contra el Consejo*», *RGDE*, 2018, núm. 44, pp. 125-154; STJUE, de 2 de abril de 2020, *Comisión/República de Polonia, República Checa y Hungría*, C-715/17, C-718/17, C-719/17, ECLI:EU:C:2020:257.

bicación como medida de solidaridad intraestatal preeminente, en circunstancias de desigualdad entre Estados producidas por su situación geográfica o vulnerabilidad, pero también como fórmula idónea para preservar los derechos fundamentales de los solicitantes de protección internacional, en particular el art. 18 CDFUE (derecho de asilo)²². El problema fue sus magros resultados, fruto de la falta de cooperación de algunos Estados —en palabras del Tribunal—, con independencia de las dificultades de orden práctico, inherentes a una operación inédita y compleja que requería un cierto tiempo de preparación y de ejecución —en particular, en lo que se refiere a la coordinación entre administraciones—, y que debían resolverse con espíritu de cooperación y confianza mutua²³.

Aquella fue una reacción de emergencia vinculante, sí, pero temporal y *ad hoc*. La base jurídica del art. 78.3 TFUE está pensada para una situación provisional, por lo que el objetivo era que el sistema incorporase un mecanismo permanente para casos semejantes que pudieran plantearse en el futuro. La falta de consenso al respecto nos conduce sin estos mecanismos preestablecidos a la siguiente crisis.

2.3. La reubicación de menores no acompañados/as y la «crisis de desembarco». El enfoque bilateral y multilateral *ad hoc* de la solidaridad

Alrededor de 240.000 menores no acompañados/as han solicitado protección internacional en Europa desde 2015. De acuerdo con los datos de Eurostat, el 10 por 100 son niñas y en torno al 35 por 100 son menores de dieciséis años²⁴. La reubicación aquí se presenta como una fórmula de solidaridad clave para responder a sus necesidades de acogida²⁵. A falta de acuerdo sobre el desarrollo de un mecanismo específico al respecto en el marco del Derecho

²² Conclusiones del Abogado General Bot, en el asunto *República Eslovaca y Hungría/Consejo de la Unión Europea*, *op. cit.*, apdos. 22, 218 y 335. La experiencia contribuyó a consolidar aspectos clave de la reubicación como el establecimiento de criterios de elegibilidad relacionados con la nacionalidad, la necesidad de disponer de una clave de reparto objetiva, el margen de apreciación del Estado respecto a la lista final o la no consideración de la voluntad del individuo.

²³ STJUE (Gran Sala), de 6 de septiembre de 2017, asunto *República Eslovaca y Hungría/Consejo de la Unión Europea*, *op. cit.*, apdo. 223, y STJUE, de 2 de abril de 2020, asunto *Comisión/República de Polonia, República Checa y Hungría*, *op. cit.*, apdo. 182.

Se reubicaron 21.999 personas desde Grecia y 12.706 desde Italia. EUROPEAN COURT OF AUDITORS, *Asylum, relocation and return of migrants: Time to step up action to address disparities between objectives and results*, 2019, p. 22.

²⁴ EUROSTAT, *Asylum applicants unaccompanied minor*, 22 de abril de 2021.

²⁵ Según la Agencia de Derechos Fundamentales de la UE (FRA), muchos de los y las menores no acompañados presentes en Grecia viven en condiciones deplorables en los *hotspot* o incluso en situación de calle. Aquellos que se encuentran en «custodia protectora» están privados/as de libertad, circunstancia que también se da en Malta durante semanas. Véanse *inter alia*: FRA, *European legal and policy framework on immigration detention of children*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2017. FRA, *Children in migration in 2019*, Vienna, 30 de marzo de 2020, p. 18. FRA, *Relocating unaccompanied children: applying good practices to future schemes*, 2020, p. 5.

de la Unión, los EM recurren, de nuevo, a la vía bilateral. Entre 2016-2020, se firman acuerdos de reubicación bilaterales específicos para el traslado de menores desde Francia, Grecia, Italia y Malta a países como Luxemburgo, Portugal o Reino Unido, que asumen la responsabilidad por «razones humanitarias» (art. 17 del Reglamento Dublín)²⁶. Los compromisos no satisfacen, en absoluto, las necesidades de protección, por lo que, tras el enésimo llamamiento urgente de Grecia, la Comisión von der Leyen ha impulsado una iniciativa conjunta con las autoridades griegas y el apoyo de ACNUR y OIM, con la que insta a la reubicación de 1.600 menores y que reproduce el esquema que se estaba ensayando para las personas desembarcadas en el Mediterráneo²⁷.

Efectivamente, a partir de 2018, la llamada «crisis de desembarco» amplía el ámbito de aplicación personal de la reubicación más allá de los y las menores y lo coloca en el más complejo contexto de la acogida de aquellas personas desembarcadas en la frontera marítima de la Unión, tras operaciones de búsqueda y salvamento. En un clima de *securitización* del control fronterizo marítimo, reducción de operaciones de rescate y salvamento, delegación de las tareas de contención en la guardia costera libia, cierre de puertos y criminalización de la respuesta humanitaria se adopta una respuesta multilateral en forma de acuerdos *ad hoc* de responsabilidad compartida para el desembarco, que llevan aparejados un compromiso respecto a la reubicación de las personas rescatadas²⁸.

Se trata de acuerdos de carácter intergubernamental y de base voluntaria que quedan completamente al margen del marco jurídico de la Unión, pues la participación de la Comisión es de mera facilitadora. Ello supone que carecen de la necesaria certeza legal, transparencia (se desconoce el número de operaciones llevadas a cabo, el procedimiento seguido, los criterios de selección de las personas o el número total que se han beneficiado de la reubicación) y supervisión. Además, al aplicar un enfoque *ship by ship* generan una enorme

²⁶ En el caso de Reino Unido, la modificación de su Ley de extranjería en 2016 (llamada enmienda Dubs) permitió el traslado a la isla de 480 menores procedentes de Francia, Grecia e Italia. En el caso de Irlanda, acogió a 40 menores solicitantes de asilo en Francia y 8 de Grecia. Y por parte de Portugal, se reubicaron 5 menores desde Grecia en 2017. Posteriormente, en el contexto de los acuerdos de reubicación voluntaria en casos de desembarco permite la reubicación de 45 menores desembarcados en Malta y 1 desde Italia. FRA, *Relocating unaccompanied children*, *op. cit.*, p. 6.

²⁷ La iniciativa es apoyada por Alemania, Bélgica, Bulgaria, Croacia, Finlandia, Francia, Irlanda, Lituania, Luxemburgo y Portugal, a los que se suma Suiza. Los dos primeros proyectos piloto suponen la reubicación de 12 menores a Luxemburgo y 58 a Alemania. COMISIÓN EUROPEA, «Press release. Extraordinary Justice and Home Affairs Council: Commission presents Action Plan for immediate measures to support Greece», 4 de marzo de 2020; COMISIÓN EUROPEA, «Press release: Migration: First unaccompanied children relocated from Greece to Luxembourg», 15 de abril de 2020.

²⁸ Según datos de la Comisión, desde el verano de 2018 se reubica a 1.103 personas con arreglo a estos mecanismos de reubicación voluntaria. Los países participantes son: Alemania, Bélgica, Bulgaria, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Irlanda, Italia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Portugal y Rumanía, a los que se suma Noruega. COMISIÓN EUROPEA, «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Informe de situación sobre la aplicación de la Agenda Europea de Migración», COM (2019) 481 final, Bruselas, de 16 de octubre de 2019, pp. 1 y 12.

incertidumbre respecto a la respuesta de los Estados en cada caso, dejando al margen la situación de vulnerabilidad en la que quedan las personas rescatadas, a la espera del resultado de las negociaciones políticas²⁹. Para hacer efectiva la solidaridad, la reubicación de personas en necesidad de protección se «informaliza», fomentando la idea de una solidaridad intermitente y desigual, en lugar de duradera y en consonancia con los objetivos y valores de la Unión, al tiempo que acudir a la vía intergubernamental nos hace retroceder tres décadas en el proceso de integración en estas materias³⁰. La Declaración de Malta de 2019³¹, a pesar de la expectación mediática generada, no varía un ápice este enfoque informal, intergubernamental y «paracomunitario». La declaración de intenciones conjunta no es una respuesta global (el que se centre en la situación de Malta generó el rechazo de España y Grecia), no representa un esfuerzo común (sigue siendo voluntaria) ni reduce la incertidumbre jurídica³². Más que nunca se requiere superar el enfoque bilateral y multilateral voluntario, por uno netamente comunitario donde la solidaridad y el reparto equitativo de responsabilidades implique una respuesta común a los desafíos compartidos. En el siguiente capítulo se verá hasta dónde han llegado las iniciativas al respecto.

3. PROPUESTAS NORMATIVAS. LA CONFORMACIÓN DE LA SOLIDARIDAD EN EL SECA

En los últimos cinco años se han presentado tres propuestas legislativas con objeto de incorporar al SECA un mecanismo que disponga obligaciones específicas en materia de solidaridad —incluida la reubicación—, como instrumento *estructural*, de carácter vinculante que evite el recurso a iniciativas de solidaridad *ad hoc*, al menos en situaciones excepcionales. Ninguna de estas ellas se ha aprobado hasta la fecha.

3.1. El Mecanismo de Reubicación de Crisis de 2015

En septiembre de 2015 se presenta la propuesta de Reglamento que pretendía establecer un *Mecanismo de Reubicación de Crisis*, en el marco del

²⁹ ECRE, «Relying on Relocation», *Policy Paper*, 6, enero de 2019.

³⁰ CARRERA, S. y CORTINOVI, R., «Search and Rescue, Disembarkation and Relocation Agreements in the Mediterranean. Sailing away from Responsibility?», *CEPS Paper in Liberty and Security in Europe*, junio de 2019, núm. 2019-10.

³¹ La Declaración se debatió en el Consejo de Asuntos de Interior, el 8 de octubre, pero que finalizó sin compromisos claros. Puede consultarse la Declaración aquí: *Joint Declaration of Intent on a Controlled Emergency Procedure —Voluntary Commitments by Member States for a Predictable Temporary Solidarity Mechanism—*, 23 September 2019.

³² CARRERA, S. y CORTINOVI, R., «The Malta Declaration on SAR and Relocation: A predictable EU solidarity Mechanism?», *CEPS Policy Insights*, octubre de 2019, núm. 2019-14; FRASCA, E., *The Malta Declaration on Search and Rescue Disembarkation and Relocation: Much Ado about Nothing*, *EU Immigration and Asylum Law Policy*, 3 de marzo de 2020.

Reglamento Dublín III³³. Es una fórmula que, como las demás que veremos a continuación, no entra a cuestionar las reglas básicas del sistema Dublín, sino que viene a ajustarlo o corregirlo, en situaciones excepcionales. En este contexto, la reubicación se concibe, por fin, como una fórmula estructural del sistema, pero solo para situaciones de *crisis* generadas por «la afluencia masiva y desproporcionada de nacionales de terceros países y apátridas», circunstancia esta que debía ser constatada por la Comisión, comprobados determinados parámetros. El mecanismo no se activa, pues, de manera automática cuando se alcanzan determinadas cifras, sino que se requiere esa valoración de contraste, tanto para tomar la decisión de reubicar, como para establecer el número de personas que han de reubicarse. En todo caso, se trata de una decisión vinculante, motivo de confrontación entre aquellos países —Bloque del Visegrado— contrarios a que la reubicación sea una medida estructural y obligatoria para estos; y aquellos Estados —principalmente ribereños del Mediterráneo— que claman por una concreción de las medidas de reparto equitativo de la responsabilidad y una solidaridad «efectiva» que incluya la reubicación, si es necesario. Por lo demás, el Mecanismo sigue la tónica del sistema de reubicación de emergencia en favor de Grecia e Italia, tanto en relación con las categorías de personas sujetas a la reubicación —aquellas con necesidad manifiesta de protección—, como en lo relativo a la disposición de una clave de reparto y al funcionamiento básico que, en ningún caso, cuenta con la intervención de la persona reubicada. Solo en lo relativo a las excepciones temporales que permiten a los Estados no participar, se incluye la posibilidad de que estos puedan «pagar para no reubicar», sin ni siquiera tener que justificar esta medida y que resulta una disposición insólita que veremos se mantiene en propuestas posteriores³⁴.

3.2. El Mecanismo de Asignación Correctora de 2016

En el contexto de los trabajos para la reforma del SECA, se presenta una propuesta de reforma del Reglamento Dublín que incorpora un mecanismo corrector de la asignación de la responsabilidad³⁵. A diferencia de la propuesta anterior, el *Mecanismo de Asignación Correctora de 2016* sí tendría una

³³ COMISIÓN EUROPEA, «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un mecanismo de reubicación de crisis y se modifica el Reglamento (UE) núm. 604/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013», por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida. COM (2015) 450 final, Bruselas, de 9 de septiembre de 2015. En adelante: Propuesta de Mecanismo de Reubicación de Crisis de 2015.

³⁴ El Mecanismo permite a los Estados no participar en el reparto, durante un año, a cambio de contribuir financieramente con el 0,002 por 100 del PIB, para cubrir la asistencia en apoyo de los esfuerzos realizados por los demás EM. Mecanismo de Reubicación de Crisis de 2015, considerando 10 y art. 33 ter.5.

³⁵ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país

activación automática, cuando el EM se enfrentase a un número «desproporcionado» de solicitudes de protección, cifra que se alcanzaría cuando este gestionara más del 150 por 100 del número de referencia que corresponde a ese Estado. Si ese número indica la capacidad del Estado para atender con garantías las solicitudes de protección parece lógico que el sistema corrector de la asignación pudiera activarse nada más alcanzarse esa cifra (100 por 100). Por el contrario, la asignación solo se corrige si supera el 150 por 100, es decir, en situaciones extremas. El gran avance respecto a modelos anteriores se manifiesta en la objetivación de los criterios de activación y en que se trata de un sistema automatizado que no depende de la valoración de ninguna Institución ni de la aprobación de los EM afectados. Se trata de un modelo *vinculante, automático y automatizado*. Los Estados no pueden decidir sobre el número o perfil de las personas asignadas —que tampoco deciden y son tratadas como meras mercancías—, ni negarse a recibir a las personas trasladadas. Sin embargo, sí se permite que un Estado deje de participar en el mecanismo de asignación, a cambio de una contribución económica (250.000 euros), llamada «solidaridad financiera». Esta cláusula de *pay not to play* o *buy-out-option* lanza el mensaje de que la distribución equitativa de la responsabilidad y la solidaridad no son como el resto de obligaciones del SECA, sino que se trata de premisas menores que se pueden evadir pagando una determinada cantidad económica. Aparte de la insostenibilidad ética y práctica de la medida, esta posibilidad mina la perspectiva en común que requiere la política de asilo, de conformidad con el art. 80 TFUE³⁶. La regla contribuye a crear responsabilidades no comunes sino fragmentadas, entre los Estados que no se pueden evadir porque son los destinos naturales de los flujos y aquellos que, en función de circunstancias, optarán por una fórmula u otra.

Las dificultades en la aplicación de las Decisiones del sistema de reubicación de emergencia y la férrea oposición a las mismas de algunos EM provocan que, en el curso de las negociaciones llevadas a cabo en el Consejo entre los años 2016 y 2019, no se lograra un acuerdo para aprobar la propuesta, al tiempo que empiezan a ganar terreno las opciones que cuestionan la vinculabilidad de la reubicación y su activación automática, es decir, los grandes avances respecto a propuestas anteriores. Se plantea, así, pasar de una *solidaridad efectiva* a una solidaridad que llaman *flexible* y que permitiría a los Estados decidir con qué medidas específicas podrían contribuir a las crisis y, entre las cuales, la reubicación solo podría contemplarse de manera voluntaria. En el lado opuesto, el Parlamento Europeo propone la creación de un sistema centralizado de asignación de la responsabilidad en relación con todas las personas que buscan asilo en la Unión, automático y sin umbrales,

o un apátrida (texto refundido), COM (2016) 270 final, Bruselas, de 4 de mayo de 2016. En adelante, Propuesta de Reforma del Reglamento Dublín 2016.

³⁶ PARLAMENTO EUROPEO, Directorate-General for Internal Policies. «Implementation of the 2015 Council Decisions Establishing Provisional Measures in the Area of International Protection for the Benefit of Italy and Greece, Study for the LIBE Committee» (authors: Guild, Costello, Moreno-Lax), 2017, p. 64.

que tenga en cuenta, en la medida de lo posible las preferencias de las personas solicitantes, y que lleve aparejado un auténtico reconocimiento mutuo de decisiones en materia de asilo, lo que implicaba, ahora sí, una reforma integral del modelo Dublín³⁷. Como veremos a continuación, estamos muy lejos de disponer de un modelo semejante.

3.3. El Nuevo Pacto Europeo de Migración y Asilo de 2020. La solidaridad obligatoria, pero flexible

Cinco años después de la mayor crisis migratoria de la Unión Europea y con una Comisión renovada, se presenta el Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo que pretende ofrecer un «nuevo comienzo» en este ámbito y en el que la solidaridad va a tener un protagonismo fundamental³⁸. La solidaridad y su desarrollo práctico es el tema del momento para la Unión y al que se fía la viabilidad del propio proceso de integración.

Si bien se pretende que el principio de solidaridad informe todo el sistema, va a verse desarrollado de manera específica en dos de los instrumentos propuestos³⁹: la Propuesta de Reglamento GAM, que vendría a sustituir al actual Reglamento Dublín III —cuyas bases permanecen inalteradas—, así como en la Propuesta de Reglamento relativo a las situaciones de crisis y de fuerza mayor. La solidaridad aquí tendría como objetivo «integrar la equidad en el sistema de asilo»⁴⁰, por lo que se sigue concibiendo como un mecanismo corrector de una deficiencia estructural del sistema cuyas razones últimas no se abordan.

El mecanismo de solidaridad incorporado en el Nuevo Pacto es más exhaustivo que en propuestas anteriores de la Comisión, así como sumamente complejo. Define las formas de la solidaridad y las circunstancias en que será obligatorio hacerla efectiva, un procedimiento específico para antes y después de la reubicación, así como toda una estructura de gobernanza basada en estrategias nacionales, planes de contingencia, estructuras para la toma de

³⁷ PARLAMENTO EUROPEO, «Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de abril de 2016, sobre la situación en el mar Mediterráneo y necesidad de un enfoque integral de la Unión sobre la migración» (2015/2095(INI)), P8_TA (2016) 0102, apdo. 38.

³⁸ COMISIÓN EUROPEA, «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa al Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo», COM (2020) 609 final, Bruselas, de 23 de septiembre de 2020. En adelante, Nuevo Pacto.

³⁹ Si se aprobaran ambos instrumentos, se retiraría la propuesta de Reglamento por el que se establece un mecanismo de reubicación de crisis de septiembre de 2015 y se derogarían la Directiva de protección temporal. COMISIÓN EUROPEA, «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la gestión del asilo y la migración y por el que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo y la propuesta de Reglamento (UE) XXX/XXX (Fondo de Asilo y Migración)», COM (2020) 610 final, Bruselas, de 23 de septiembre de 2020, p. 7. En adelante, Propuesta de Reglamento GAM. COMISIÓN EUROPEA, «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a las situaciones de crisis y de fuerza mayor en el ámbito de la migración y el asilo», COM (2020) 613 final, Bruselas, de 23 de septiembre de 2020. En adelante, Propuesta de Reglamento de Crisis y FM.

⁴⁰ COMISIÓN EUROPEA, Nuevo Pacto, p. 6.

decisiones basadas en informes y evaluaciones en tiempo real, con un importante papel de coordinación y decisión de la Comisión.

Las circunstancias en las cuales se activaría el mecanismo de solidaridad son más amplias que en propuestas previas. Se da paso así de una concepción de la solidaridad como excepción, a entender que este tipo de apoyo se debe proporcionar de forma constante, de manera continuada. Se *normaliza* la solidaridad si bien aún queda circunscrita a lo que el Pacto denomina «retos migratorios»: *a)* desembarco tras operaciones de búsqueda y salvamento que generen «llegadas constantes»; *b)* en situación de presión migratoria (gran cantidad de llegadas), y *c)* en situación de crisis (situación excepcional de afluencia masiva).

El mecanismo se concibe de manera que las medidas de solidaridad estén previamente definidas y siempre a disposición de los Estados que puedan requerirlas. Cuando se produzcan estas circunstancias, no habría que negociar *ad hoc* quién y de qué manera contribuye, sino que ese contingente de solidaridad debe estar definido previamente, en función de las potenciales necesidades detectadas en el Informe de Gestión de la Migración que la Comisión debe elaborar cada año o en el que se adopte en caso de presión migratoria. La solidaridad no se activa de manera automática, como en la propuesta de 2016, sino que depende de estas evaluaciones. La Comisión realiza una previsión exhaustiva de las necesidades, pero estas quedan a expensas de las «contribuciones solidarias» que cada EM especifique en su «Plan de Respuesta Solidaria». Si las contribuciones no son suficientes, se prevé convocar al Foro de Solidaridad (compuesto por todos los EM), para que se ajusten las cifras y la forma prevista. Así, las medidas de solidaridad serán las que *acuerden* los Estados —¿vestigios de la lógica intergubernamental?— y solo si estas siguen siendo «manifiestamente insuficientes», la Comisión está facultada para adoptar un acto de ejecución con el contingente definitivo y obligatorio para todos los Estados. Todos han de contribuir y no hay excepciones al respecto, salvo que algún país alegue hallarse en situación de fuerza mayor, circunstancia que permitiría suspender las obligaciones de solidaridad por seis meses y que tan solo hay que notificar a la Comisión, sin ningún tipo de control jurídico o democrático.

A cambio de una solidaridad obligatoria, los Estados gozarán de *flexibilidad* para determinar sus contribuciones solidarias entre un abanico de tres posibilidades: reubicación; patrocinio de retornos de nacionales de terceros países en situación irregular; y medidas de desarrollo de capacidades en materia de asilo, acogida y retorno, apoyo operativo y medidas destinadas a responder a las tendencias migratorias que afectan al EM beneficiario mediante la cooperación con terceros países. Así, los Estados que rechazan la reubicación pueden optar por el desarrollo de capacidades en caso de desembarco y presión migratoria —no así en el caso de crisis—, pero esta opción debe contemplarse como medida adecuada en el Informe de gestión de la migración o de presión migratoria. Además, debe ser «proporcional» a la reubicación —cuestión que no se sabe cómo se medirá—, de lo contrario, se exigirá a los Estados

que aporten la mitad de esa cuota a la reubicación o al patrocinio de retornos. Esta última mención es relevante en los casos de desembarco, pues en ese contexto el patrocinio de retorno no se contempla *a priori* como una forma de solidaridad. Sin embargo, terminará siendo una opción para los Estados que solo hubieran optado por el desarrollo de capacidades y se encuentren en déficit. Teniendo en cuenta todas las posibilidades, puede darse el caso de Estados que digan contribuir a la solidaridad sin haber reubicado a ninguna persona. Se ignora la sentencia del TJUE, en el asunto *Hungría y Eslovaquia/Consejo*, donde se observó que medidas como el refuerzo de fronteras exteriores o incluso la concesión de ayuda operativa o financiera pueden ser medidas complementarias, pero no constituyen, a diferencia de la reubicación, una respuesta suficiente cuando la afluencia de migrantes ya se ha producido⁴¹.

En el Nuevo Pacto, la reubicación se configura como la medida de solidaridad por antonomasia y se refuerza al convertirse en vara de medir y añadirse un procedimiento predeterminado para la misma. Sin embargo, pierde protagonismo al considerarse, en ocasiones, al mismo nivel del patrocinio de retornos, una opción que no es equiparable, pues resulta completamente ajena al objetivo final de esta —ayudar a los Estados para que se garantice el ejercicio efectivo del derecho de asilo (arts. 78 y 80 TFUE)—, y pervierte el sentido de la solidaridad para ponerla al servicio de la política de rechazo y contención de flujos⁴². La *solidaridad a la carta*, finalmente, conduce a la fragmentación y a responsabilidades asimétricas, en un tema en que la acción común resulta esencial.

Así las cosas, el Pacto parece pretender lograr un equilibrio entre concepciones de la solidaridad, entre los EM, aparentemente irreconciliables y que nos abocan a otro periodo intenso de negociación que confiamos no acabe de nuevo en fracaso⁴³.

4. CONCLUSIONES

La implementación de la solidaridad entre Estados en el marco de la política de asilo, especialmente en lo que respecta a la solidaridad en la acogida,

⁴¹ STJUE (Gran Sala), de 6 de septiembre de 2017, asunto *República Eslovaca y Hungría/Consejo de la Unión Europea*, *op. cit.*, apdos. 258-259.

⁴² NEIDHARDT, A. y SUNDBERG-DIEZ, S., *The upcoming New Pacto on Migration and Asylum: Will it be up to the challenge?*, Discussion Paper, European Policy Centre, 21 de abril de 2021.

⁴³ La propuesta de Reglamento GAM y la relativa al Reglamento de Crisis y FM están siendo analizadas en el seno de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior (LIBE) del Parlamento Europeo, cuyo último debate al respecto se celebró el 26 de mayo de 2021. En el mismo, el Parlamento Europeo se compromete a seguir adelante con estos trabajos, pero alerta del permanente bloqueo en el Consejo y el riesgo de que estas propuestas vuelvan a quedar en papel mojado. Como muestra de las posiciones opuestas entre EM, véase la posición conjunta de Polonia, Hungría, Eslovaquia, República Checa, Estonia y Eslovenia, de 10 de diciembre de 2020, y la de Grecia, Italia, Malta y España, publicada el 25 de noviembre de 2020. *New Pact on Migration and Asylum, Joint Position of Poland, Hungary, Slovakia, Czech Republic, Estonia and Slovenia, New Pact on Migration and Asylum: comments by Greece, Italy, Malta and Spain*.

ha tenido un carácter excepcional, reactivo a las sucesivas crisis migratorias y de naturaleza *ad hoc* que, más allá de su ineficacia —sean estas implementadas a través de acuerdos voluntarios bilaterales o multilaterales—, muestran la necesidad de pasar de un enfoque de la solidaridad intergubernamental y voluntario a otro estructural y obligatorio, diseñado como parte del acervo en materia de asilo y conforme con el proceso de integración de estas políticas. Se requiere de un marco estructural, predeterminado y en plena coherencia con el mandato del art. 80 TFUE que exige ir más allá de las situaciones excepcionales, para las que ya se dispone del art. 78.3 TFUE. Además, mientras el sistema Dublín y sus criterios de asignación de la responsabilidad sigan inalterables, la reubicación como medida de solidaridad física ha de tener carácter preeminente y no puede sustituirse por una solidaridad flexible que, en lugar de perseguir los objetivos de los Tratados en este ámbito, esté al servicio del retorno y la exclusión. En este contexto, la solidaridad para ser conforme con el art. 80 TFUE debe conducir a la mayor y mejor garantía del ejercicio efectivo del derecho de asilo, facilitar el acceso al procedimiento de protección internacional y la acogida. Se requiere, pues, un *enfoque de derechos humanos de la solidaridad* en el que resulta fundamental, garantizar la participación de las personas solicitantes de asilo⁴⁴. El Abogado General Wathelet, en sus conclusiones en el asunto *Jawo*, expresó con claridad que el principio de solidaridad y reparto equitativo de responsabilidades debiera ser una realidad que beneficie no solo a los EM sino sobre todo a los seres humanos afectados⁴⁵. Considerarles meros objetos pasivos no parece conforme con la lectura conjunta de los arts. 67.2 y 80 TFUE, según los cuales y siguiendo ahora al Abogado General de la Tour, en el reciente asunto *International Protection Appeals*, el SECA se ha de basar en la solidaridad entre Estados, pero también debe ser equitativo respecto de los nacionales de terceros países⁴⁶.

RESUMEN

EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD Y REPARTO EQUITATIVO DE LA RESPONSABILIDAD ENTRE ESTADOS EN LA POLÍTICA EUROPEA DE ASILO: LA CONFORMACIÓN DE LA REUBICACIÓN EN UN CONTEXTO DE CRISIS

El principio de solidaridad y reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros es el principio rector de la Política Europea de Asilo. Sin embargo, las sucesivas

⁴⁴ Véanse *inter alia*, MITSILEGAS, V., «Solidarity and trust in the common European Asylum System», *CMS*, vol. 2, 2014, núm. 2; KÜÇÜK, E., «The principle of solidarity and fairness in sharing responsibility: more than window dressing?», *ELJ*, vol. 22, 2016.

⁴⁵ Conclusiones del Abogado General Wathelet, en el asunto *Jawo*, C-163/17, presentadas el 25 de julio de 2018, apdo. 145, ECLI: EU:C:2018:613. Con anterioridad, el Abogado General Mengozzi en el asunto *Diakité*, recordó que las normas de la Unión en materia de protección internacional forman un sistema con tendencia a la exhaustividad, cuyo objeto es crear un espacio común de protección y solidaridad para todos los que buscan legítimamente una protección internacional en el territorio de la Unión. Conclusiones presentadas el 18 de julio de 2013, asunto *Diakité*, C-285/12, ECLI:EU:C:2013:500, apdo. 84.

⁴⁶ Conclusiones del Abogado General de la Tour, en los asuntos C-322/19, C-385/19, presentadas el 3 de septiembre de 2020, ECLI:EU:C:2020:642, apdo. 90.

crisis migratorias se han calificado como crisis de solidaridad y confianza mutua entre los Estados. La reubicación, como forma de solidaridad, ha sido la fórmula más contestada. El presente estudio muestra la aplicación práctica de la reubicación, así como las sucesivas propuestas de creación de un mecanismo permanente en el sistema europeo común de asilo. El estudio finaliza con unas conclusiones y un llamamiento a la aplicación de la solidaridad con un enfoque de derechos humanos.

Palabras clave: política europea de asilo, solidaridad, reparto equitativo de la responsabilidad, reubicación.

ABSTRACT

THE PRINCIPLE OF SOLIDARITY AND FAIR SHARING OF RESPONSIBILITY BETWEEN STATES IN THE EUROPEAN ASYLUM POLICY. THE CONFIGURATION OF RELOCATION IN A CONTEXT OF CRISIS

The principle of solidarity and fair sharing of responsibility between the Member States is the guiding principle of European Union Asylum Policy, yet recent migration flows have revealed a lack of solidarity and mutual trust among States. Refugee relocation within the EU, as an expression of that solidarity, has been hotly contested. This study demonstrates how relocation is put into practice, and explores the various proposals put forward for the creation of permanent mechanism to operate within the common European asylum system. The study concludes with a call for solidarity based on a human rights approach.

Keywords: european asylum policy, solidarity, fair sharing of responsibility, relocation.

EL LABERINTO JURÍDICO DE LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES MIGRANTES ABANDONADOS: UNA APROXIMACIÓN DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

María del Carmen CHÉLIZ INGLÉS*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. PLURALIDAD DE FUENTES, DIVERSIDAD DE CONCEPTOS DE «MENOR».—3. DETERMINACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS DISTINTAS NORMAS DE PROTECCIÓN DE LOS MENORES.—3.1. El encaje de las normas de Derecho internacional privado con las normas de extranjería.—3.1.1. Distorsiones causadas por las distintas nociones de «menor» empleadas.—3.1.2. Distorsiones causadas por el desajuste en las normas de atribución de competencia.—3.2. Relación entre el Convenio de La Haya de 1996 y el Reglamento Bruselas II bis.—3.2.1. Cuestiones problemáticas en la aplicación de ambos instrumentos.—a) Distinto concepto de menor y los menores emancipados.—b) El *forum presentiae* y los menores refugiados e internacionalmente desplazados.—c) Reconocimiento y ejecución de medidas de protección.—3.2.2. Novedades introducidas por el Reglamento Bruselas II ter.—4. CONSIDERACIONES FINALES.

1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, el fenómeno de los desplazamientos forzados que afectan a menores no acompañados es una realidad creciente en la Unión Europea (en adelante UE) y, de manera especialmente acusada, en España. A modo de ejemplo, según datos del Registro de Menores extranjeros no acompañados (en adelante MENA), a mediados del año 2019, en nuestro país, había más de 12.300 MENA¹. Estos menores requieren una especial protección, aten-

* Profesora Ayudante Doctor en la Universidad de Zaragoza y miembro del IUI en Empleo, Sociedad Digital y Sostenibilidad (IEDIS) de la Universidad de Zaragoza (mcheliz@unizar.es). Todas las páginas web de referencia han sido consultadas por última vez el 3 de junio de 2021.

¹ Con todo, estos datos hay que tratarlos con cautela, ya que no coinciden con los datos proporcionados por las CCAA, que en la mayoría de ocasiones muestran que el número de menores registrados es considerablemente inferior a la cifra real de MENA en España. El propio Defensor del Pueblo, en su Informe del año 2019, denunció la «escasa fiabilidad» de los datos del Registro y puso de relieve estas discrepancias. Informe disponible en el siguiente enlace: https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2020/05/I_Informe_gestion_2019.pdf.

diendo a la triple condición que ostentan (en tanto que niños, abandonados y migrantes), que les sitúa en una situación particularmente vulnerable.

La protección de los menores migrantes abandonados es una materia en la que confluyen la normativa de Derecho internacional privado (en adelante DIPr) sobre protección de la infancia y la normativa de extranjería. Son muchas las cuestiones que les pueden afectar, desde el otorgamiento de la condición de refugiados y el procedimiento a seguir, la reagrupación familiar, el nombramiento de un representante o la adopción de medidas de protección como el acogimiento. Se observa, por tanto, una estrecha vinculación entre las normas de Derecho privado y las normas de Derecho público que van a resultar aplicables a estos menores y que va a ser necesario coordinar en aras de garantizar una adecuada protección de los mismos. Dado que se trata de menores, debe tenerse en cuenta que el principio rector que ha de regir todas las medidas y decisiones adoptadas en torno a estos niños es el interés superior del menor, concepto jurídico indeterminado que requiere de concreción en cada preciso caso².

En materia de extranjería, la UE cuenta con un Sistema Europeo Común de Asilo (SECA), de protección subsidiaria y protección temporal de desplazados, que contiene disposiciones específicas aplicables a los menores refugiados. A este marco común de la UE, habría que añadir la normativa española, entre la que destaca la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y el Reglamento que la desarrolla³.

Por su parte, en el ámbito del DIPr, existen una multiplicidad de fuentes que regulan la adopción de medidas de protección a favor de estos niños⁴, entre las que se deben resaltar el Convenio de La Haya de 1996 (en

² Véase el art. 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y el art. 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de Niño, así como la Observación general núm. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párr. 1). Ponen de manifiesto la importancia de atender al principio del interés superior del menor en los procesos relacionados con los MENA, entre otros, ALCOLADO CHICO, M. T., «Una aproximación a la legislación comunitaria y española sobre los menores no acompañados», *Anales de la Real Academia de Doctores de España*, vol. 3, 2018, núm. 2, p. 155; ORTIZ VIDAL, M. D., «Los menores extranjeros no acompañados en la Unión Europea: Soluciones previstas y principio del interés superior del menor», en GARCÍA GARNICA, M. C. y MARCHAL ESCALONA, N. (dirs.), *Aproximación interdisciplinaria a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia*, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pp. 400-405; ALONSO GARCÍA, M. N. y CARRIZO AGUADO, D., «La problemática situación en la que se encuentran los menores extranjeros no acompañados: entre la desesperación y la protección», *El tiempo de los Derechos*, 2019, núm. 13, pp. 4-6; DIEZ MORRÁS, F. J., «Indefinición del interés superior del menor extranjero no acompañado en perjuicio de su protección», *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, 2012, núm. 10, p. 98.

³ El SECA está compuesto, en la actualidad, por tres Directivas (Directiva 2011/95/UE, de 13 de diciembre de 2011; Directiva 2013/32/UE, de 26 de junio de 2013; y Directiva 2013/33/UE, de 26 de junio de 2013), y dos Reglamentos (Reglamento. 603/2013, de 23 de junio de 2013; y Reglamento 604/2013, de 26 de junio de 2013).

⁴ Se ocupa de esta «hiperinflación normativa», y destaca los problemas de la colisión normativa en materia de protección de niños GARAU SOBRINO, F., «Notas sobre la colisión de fuentes de Derecho internacional privado español sobre responsabilidad parental y protección del niño», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, marzo de 2011, núm. 1, pp. 282-289.

adelante CH'96), el Reglamento Bruselas II bis (en adelante RBIIbis) y el novedoso Reglamento Bruselas II ter (en adelante RBIIter), cuyos ámbitos de aplicación se van a ver solapados en muchas ocasiones. En concreto, los tres instrumentos mencionados se ocupan de la competencia judicial internacional y el reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en materia de protección de menores (y el CH'96 también se refiere al sector de ley aplicable). Los dos primeros (competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución) serán los sectores del DIPr en los que se va a centrar, en especial, el presente estudio. A estos instrumentos, además, hay que sumar las normas internas de DIPr español, que se ocupan de estas cuestiones en defecto de instrumento internacional o regional aplicable.

La existencia de esta multiplicidad de fuentes deriva en un sistema dotado de una gran complejidad, en el que se entremezcla (y no siempre en armonía) la normativa de extranjería con los instrumentos de DIPr⁵. Este panorama legislativo, puede suponer un obstáculo para la correcta aplicación de las distintas normativas, que puede acabar mermando la protección de los menores no acompañados. Ello hace necesario delimitar correctamente el ámbito de aplicación de cada instrumento. Con este objetivo, en primer lugar, hay que atender a la disparidad en cuanto al propio concepto de «menor» recogido en cada una de estas normas.

2. PLURALIDAD DE FUENTES, DIVERSIDAD DE CONCEPTOS DE «MENOR»

A la pluralidad de fuentes ya referida hay que sumar una dificultad añadida, como es la problemática derivada de las diferentes nociones acerca del propio concepto de menor, que se proporcionan en dichos instrumentos.

Dentro de la normativa de DIPr, el CH'96, en su art. 2, indica que «el Convenio se aplica a los niños a partir de su nacimiento y hasta que alcancen la edad de 18 años». En la misma línea, el art. 2.2.6) del RBIIter define como menor a «toda persona que tenga menos de 18 años». Igualmente, por lo que respecta a la normativa en materia de extranjería, en las Directivas y Reglamentos que conforman el SECA se define «menor» como «el nacional de un tercer país o el apátrida menor de 18 años»⁶.

Sin embargo, el RBIIbis a lo largo de su articulado en ningún momento define ni delimita el concepto de «menor». Por consiguiente, para determinar si una persona es considerada mayor o menor de edad a los efectos del Regla-

⁵ Analiza esta cuestión JIMÉNEZ BLANCO, P., «Movilidad transfronteriza de personas, vida familiar y Derecho internacional privado», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2018, núm. 35, especialmente pp. 2-14.

⁶ Art. 2.k) de la Directiva 2011/95, art. 2.l) de la Directiva 2013/32, art. 2.d) de la Directiva 2013/33, y art. 2.i) del Reglamento 604/2013: «“Menor”: un nacional de un tercer país o un apátrida menor de 18 años».

mento, debe acudir a las normas de DIPr de cada Estado miembro, lo que podría ocasionar divergencias en la práctica.

Estas divergencias son especialmente acusadas teniendo en cuenta que tanto el CH'96 como el SECA, como se ha indicado, entienden como menor a los menores de dieciocho años⁷. Tal discrepancia puede acarrear problemas en la aplicación práctica de ambos instrumentos, que serán analizados más adelante.

Por otro lado, hay otro factor a tener en consideración, que añade todavía mayor complejidad a la situación, como es el tratamiento que han de recibir los menores emancipados. Estos menores se encuentran en una situación muy particular, ya que algunos instrumentos los incluyen dentro de su ámbito de aplicación, mientras que otros los excluyen.

Entre los primeros, que han incluido a los emancipados dentro de la noción de «menor», destacan el CH'96⁸ y el RBIIter⁹. Asimismo, del art. 8 del Reglamento 604/2013 (en adelante Reglamento Dublín III), que forma parte del SECA, se desprende su aplicación también a los menores emancipados.

Por el contrario, en la Guía Práctica para la aplicación del RBIIbis, expresamente se indica que las resoluciones dictadas respecto de los menores emancipados no se consideran en principio materia de responsabilidad parental y, por tanto, no entran en el ámbito de aplicación del Reglamento.

Esta pluralidad de concepciones del término «menor», y la situación de los menores emancipados, refuerza los atolladeros presentes en esta materia tan compleja. Ambas circunstancias pueden ocasionar confusión en la práctica y repercutir en una aplicación errada de la normativa en cuestión. Por ello, a continuación se va a delimitar el ámbito de aplicación de cada instrumento, teniendo en cuenta la situación de los MENA en nuestro país.

3. DETERMINACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS DISTINTAS NORMAS DE PROTECCIÓN DE LOS MENORES

Como se ha puesto de manifiesto reiteradamente en el presente estudio, se trata de una materia en la que convergen normas de Derecho público y de Derecho privado. En este contexto, va a ser necesario examinar, por un lado,

⁷ Aborda la cuestión de la minoría de edad en los distintos instrumentos normativos en el marco de la extranjería DURÁN RUIZ, F. J., *Los menores extranjeros no acompañados desde una perspectiva jurídica, social y de futuro*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2021.

⁸ Aunque el CH'96 no hace referencia expresa a la situación de los menores emancipados, el Informe Lagarde (párr. 15) sí que especifica que los emancipados están incluidos dentro del ámbito de aplicación del Convenio. Informe disponible en el siguiente enlace: <https://assets.hcch.net/docs/aa132b31-385d-4a66-b8d9-2d362053ed75.pdf>.

⁹ La definición de menor prevista en su art. 2.2.6) no indica nada sobre esta cuestión. Sin embargo, el considerando 17 del Reglamento establece que: «Debe aplicarse a todos los menores de 18 años, incluso cuando hayan adquirido capacidad antes de esa edad en virtud de su ley personal, por ejemplo, en casos de emancipación por matrimonio».

el encaje de las normas de DIPr con las normas de extranjería y, por otro lado, la relación de los instrumentos de DIPr entre sí.

3.1. El encaje de las normas de Derecho internacional privado, con las normas de extranjería

En el marco de la UE, el procedimiento para la solicitud de protección internacional de los MENA viene regulado en el SECA¹⁰. Con independencia de otras cuestiones de indudable interés, como la determinación de la edad de los menores¹¹, o los derechos reconocidos a los mismos en el SECA, lo relevante a los efectos del presente trabajo son las distintas medidas de protección que se pueden adoptar en el marco de un proceso de protección internacional, respecto a los MENA.

En concreto, las autoridades han de decidir acerca de conceder o no dicha protección, pero también han de adoptar otras decisiones asociadas, como el nombramiento de un representante del menor que lo acompañe durante todo el proceso, el nombramiento de un tutor, o el acogimiento del menor. En consecuencia, sobre la situación de un mismo menor confluyen distintas medidas de protección que pueden ser adoptadas, y sobre cada una de ellas es preciso determinar si resultan aplicables las disposiciones del SECA y las normas de DIPr sobre la materia.

Parece claro que la decisión principal sobre el otorgamiento o no de la protección internacional es una cuestión regulada por el Derecho de extranjería. Tanto el considerando 10 del RBlIbis, como el art. 4.j) del CH'96 indican que las decisiones sobre el derecho de asilo y en materia de inmigración están excluidas de los ámbitos de aplicación de sendos instrumentos. Así, se trata

¹⁰ Las normas del SECA incorporan el interés superior del menor como consideración primordial a tener en cuenta durante todo el procedimiento. Así se establece, entre otras disposiciones, en el art. 20.5 de la Directiva 2011/95; el art. 25.6 de la Directiva 2013/32; el art. 23.1 de la Directiva 2013/33; el considerando 35 del Reglamento 603/2013, y el art. 6.1 del Reglamento 604/2013.

¹¹ Cuando se vaya a proceder al examen de una solicitud de protección internacional, y los Estados miembros tengan dudas acerca de la edad del menor, pueden emplear reconocimientos médicos para determinar la misma. Sin embargo, en el caso concreto de España, las pruebas para la determinación de la edad se han practicado en muchas ocasiones a jóvenes que portaban documentación válida que acreditaba su minoría de edad, contraviniendo lo establecido por el art. 35.1 de Ley Orgánica 4/2000. Esta cuestión ha sido objeto de diversos pronunciamientos por parte del Tribunal Supremo (Sentencias de 23 de septiembre de 2014, de 24 de septiembre de 2014, de 16 de enero de 2015 y de 16 de enero de 2015) que estableció que no pueden realizarse pruebas de determinación de la edad a los MENA que disponen de documentos válidamente emitidos por las autoridades del país de origen, sin una justificación razonable. Si el documento presentado fuera un certificado de nacimiento, para determinar su validez en nuestro país resulta de gran interés el trabajo de DIAGO DIAGO, M. P., «La circulación de documentos públicos en situaciones transfronterizas: la tensión entre la seguridad jurídica y la reducción de las cargas para el ciudadano», en DE CASTRO RUANO, J. L., OTAEGI AIZPURUA, I. y SOROETA LICERAS, J. (dirs.), *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2019*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 81-132. Relacionado con la determinación de la edad, resulta también interesante plantear qué sucede cuando un menor, cuya edad ha sido determinada en un Estado miembro, se traslada a otro Estado miembro, en tanto que en este segundo Estado puede suscitarse la duda acerca de la validez o no de la determinación de la edad que se le ha efectuado en el otro país.

de una materia sobre la que resultará aplicable lo establecido en los instrumentos que conforman el SECA.

Mayores dudas se suscitan en torno al nombramiento del representante legal, del tutor, o a la determinación del acogimiento del menor. Estas medidas se adoptan en el contexto específico de la solicitud de protección internacional, y son medidas de protección de los MENA. Por consiguiente, es preciso determinar si en relación con la adopción de las mismas, resultan de aplicación las normas de DIPr sobre la materia, en especial, el RBIIbis y el CH'96.

El Informe Lagarde¹² y el Manual Práctico sobre el funcionamiento del CH'96¹³ ponen algo de luz sobre la cuestión, al indicar que el art. 4.j) del Convenio únicamente excluye de su ámbito de aplicación «la decisión respecto de si se otorgará o se denegará asilo o un permiso de residencia». A continuación, se señala expresamente que la protección y la representación de los niños solicitantes de asilo o de permisos de residencia sí que están comprendidas en el ámbito del Convenio.

Por su parte, aunque la Guía Práctica para la aplicación del RBIIbis no resulta tan explícita, también es lo suficientemente clarificadora. Así, establece un listado de las materias incluidas dentro del término de «responsabilidad parental», entre las que se encuentran la tutela, la curatela y otras instituciones análogas; la designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del menor, de representarlo o de prestarle asistencia; y el acogimiento del menor en una familia o en un establecimiento¹⁴. A continuación, recuerda que el Reglamento se aplica a las «materias civiles», siendo este un concepto amplio que abarca también aquellas cuestiones específicas de responsabilidad parental que sean una medida de «Derecho público» según la legislación nacional, como el acogimiento de un menor en una familia o en un establecimiento¹⁵.

De todo lo anterior, puede extraerse que el nombramiento del representante legal¹⁶, del tutor, o a la determinación del acogimiento del me-

¹² Véase párr. 36.

¹³ Véase capítulo 3, párr. 52.

¹⁴ Véase apdo. 3.1.1.2.

¹⁵ Véase apdo. 3.1.1.3. En este contexto, destaca asimismo los pronunciamientos del TJUE en este sentido, en los asuntos C-435/06, *Proceedings Brought by C* (2007), Rec. I-10141, Sentencia de 27 de noviembre de 2007, y C-523/07, *Proceedings Brought by A* (2009), Rec. I-2805, Sentencia de 2 de abril de 2009. En ambos, el Tribunal de Justicia concluye que el acogimiento en una familia en virtud del Derecho público se puede incluir en el ámbito de aplicación del Reglamento.

¹⁶ Respecto de la cuestión relacionada con el nombramiento del representante legal, el Informe Lagarde y el Manual Práctico sobre el funcionamiento del CH'96 indican expresamente que lo único que excluye el art. 4.j) del Convenio es la concesión o denegación del asilo o del derecho de residencia de los menores, y el resto de medidas de protección o representación sí que quedarían incluidas. Por su parte, la Guía Práctica para la aplicación del RBIIbis también hace referencia expresa a la inclusión de «la designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del menor, de representarlo o de prestarle asistencia». De ahí podría también entenderse que una figura tendente a prestar asistencia al menor en estos procedimientos, queda incluida en el ámbito de aplicación del Reglamento. Así lo han interpretado también otros autores como PATAUT, E., «Art. 13», en MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P. (eds.), *Brussels Ibis Regulation*, Múnich, Sellier, 2012, párr. 9. No obstante, otros autores, entre los que se encuentra REQUEJO ISIDRO, M., «La protección del menor

nor¹⁷ solicitante de protección internacional, quedan incluidos dentro del ámbito de aplicación tanto del CH'96, como del RBIIbis.

Por tanto, al mismo menor le es de aplicación la normativa de extranjería, para determinar si se le concede o no protección internacional; y la normativa de DIPr, en relación con las concretas medidas de protección a adoptar (nombramiento de representante legal, de tutor, acogimiento, etc.).

Partiendo de este contexto, son dos las principales distorsiones que pueden surgir en la práctica: las ocasionadas por la distinta noción de «menor», y las ocasionadas por emplear distintas normas de atribución de competencia.

3.1.1. *Distorsiones causadas por las distintas nociones de «menor» empleadas*

Se trata de aquellos supuestos en los que una persona es considerada menor para el SECA, pero no para el RBIIbis, o viceversa. Como se ha analizado con anterioridad, tanto el SECA como el CH'96 incluyen dentro de su ámbito de aplicación a los menores de dieciocho años, incluidos los emancipados. Por el contrario, el RBIIbis excluye a los menores emancipados, y para determinar cuándo se adquiere la mayoría de edad, hay que acudir las normas de DIPr de cada Estado miembro. Por consiguiente, a un menor de dieciocho años, pero que según su ley nacional ya ha adquirido la mayoría de edad, le resultará de aplicación el SECA, pero no el RBIIbis¹⁸. Lo mismo ocurrirá con los menores emancipados. Ello ocasiona graves obstáculos para la adecuada protección de las personas que se encuentran en esta situación y que, a los efectos del SECA van a ser tratados como menores, pero no se van a poder beneficiar de las medidas de protección al amparo del RBIIbis.

En sentido contrario, una persona que es mayor de dieciocho años, pero que conforme a su ley nacional todavía no ha adquirido la mayoría de edad, sí que va a estar protegido por el RBIIbis, pero a los efectos de extranjería, en

no acompañado solicitante de asilo: entre Estado competente y Estado responsable», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, octubre de 2017, núm. 2, pp. 494-495, manifiestan ciertas dudas «a la luz de la relación íntima que existe entre la representación y el contexto del asilo, y la diferencia con otras figuras que encarnan responsabilidad parental».

¹⁷ En este punto, es de destacar la reciente reforma sufrida en España en relación con la tramitación de las solicitudes de acogimiento transfronterizo de personas menores de edad. La Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, ha modificado la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, introduciendo los arts. 20 ter a 20 quinquies a fin de regular las condiciones y el procedimiento aplicable a las solicitudes de acogimiento transfronterizo de menores procedentes de un Estado miembro de la UE o de un Estado parte del CH'96.

¹⁸ Al ser considerados mayores de edad, no se podrían adoptar sobre ellos medidas de protección a los menores de edad. En su caso, si necesitaran protección, habría que estar a lo establecido respecto a las medidas de protección de las personas mayores de edad. Este sistema en la actualidad está ha sido objeto de un proceso de reforma, que afecta a las normas de DIPr aplicables a la cuestión. Para más detalle sobre el particular, véase el profundo análisis realizado por DIAGO DIAGO, P., «La nueva regulación de la protección de adultos en España en situaciones transfronterizas e internas», *Diario La Ley*, núm. 9779, Sección Doctrina, 27 de enero de 2021.

aplicación del SECA, va a ser tratado como un adulto. De nuevo, ello supone una gran dificultad que afecta directamente a la protección de estas personas.

No obstante, como se profundizará más adelante, esta primera problemática se solventará con la entrada en vigor del RBIIter, cuyo ámbito de aplicación personal ya coincide con el establecido en el SECA y en el CH'96.

3.1.2. *Distorsiones causadas por el desajuste en las normas de atribución de competencia*

La segunda coyuntura que se puede originar es respecto a aquellos menores a los que son aplicables tanto las normas de extranjería como las normas de DIPr si, aplicando las estipulaciones que contienen en materia de atribución de competencia, resultan competentes las autoridades de distintos Estados para decidir acerca de las diferentes medidas de protección del menor.

En relación con la determinación del Estado miembro responsable para examinar la solicitud de protección internacional¹⁹ de un MENA, el art. 8 del Reglamento Dublín III determina que cuando los miembros de la familia, hermanos o parientes se encuentren en un Estado miembro, ese Estado miembro será el Estado responsable, si responde al interés superior del menor. A falta de un miembro de la familia, el Estado miembro responsable será aquel en el que el menor no acompañado haya presentado su solicitud de protección internacional, siempre que ello redunde en el interés superior del menor.

Por su parte, tanto el CH'96 como el RBIIbis (art. 8), la norma general que prevén de competencia judicial internacional viene determinada por la residencia habitual del menor. No obstante, en el caso concreto de los menores migrantes no acompañados es altamente probable que no pueda determinarse cuál es su residencia habitual, ya que según reiterada jurisprudencia del TJUE²⁰, no basta con la presencia física del menor en un Estado miembro, sino que es preciso que existan otros factores que revelen que dicha presen-

¹⁹ Realiza un detallado análisis de los criterios para la determinación del Estado responsable en el Reglamento Dublín III, FERNÁNDEZ ARRIBAS, G., *Asilo y refugio en la Unión Europea*, Granada, Comares, 2007, pp. 98-102.

²⁰ El concepto de «residencia habitual» no viene definido ni en el CH'96 ni en el RBIIbis. No obstante, sí que es abundante la jurisprudencia del TJUE sobre la cuestión. Entre otros pronunciamientos del TJUE, cabe destacar la Sentencia de 17 de octubre de 2018, asunto C-393/18; la Sentencia de 9 de octubre de 2014, C, C-376/14; la Sentencia de 22 de diciembre de 2010, *Mercredi*, C-497/10, o la Sentencia de 2 de abril de 2009, A, C-523/07. Asimismo, resulta de interés PÉREZ MARTÍN, L. A., «Propuesta de un concepto de residencia habitual de ámbito europeo en situaciones conflictivas de derecho de familia y sucesiones», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, núm. 18, 2018, pp. 469-494. Por otro lado, resulta conveniente matizar que esta jurisprudencia del TJUE sobre la interpretación del concepto de «residencia habitual» del menor únicamente vincula a los Estados miembros y no afecta a los Estados parte en el CH'96 para la interpretación de dicho texto convencional. En este sentido véase CAMPUZANO DÍAZ, B., «El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111: análisis de las mejoras en las relaciones con el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 sobre responsabilidad parental», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, marzo de 2020, núm. 1, pp. 97-117, esp. p. 111.

cia no tiene carácter temporal u ocasional. Así, en la mayoría de casos, los MENA todavía no han establecido vinculación suficiente en el Estado en que se encuentran, como para que se pueda entender que es allí donde tienen su residencia habitual²¹. Por este motivo, tanto el Convenio como el Reglamento prevén un foro específico, en virtud del cual, en estos supuestos, serán competentes para conocer sobre las medidas de protección de estos menores, los tribunales del Estado donde se encuentre el menor.

Por consiguiente, al emplear criterios de atribución de la competencia distintos a los del SECA, es posible que el Estado responsable para conocer de la solicitud de protección internacional, y el Estado cuyos tribunales son competentes para adoptar las concretas medidas de protección sobre el menor, sean diferentes. Basta con pensar en la situación de un menor que llega a la UE a través de las costas andaluzas, y solicita en España la protección internacional. Meses más tarde, con el procedimiento en marcha, decide desplazarse a Alemania, donde establece su residencia. En este supuesto, en principio, el Estado responsable para pronunciarse sobre si se concede o no el asilo a este menor va a ser España. Sin embargo, los tribunales alemanes serán los competentes para nombrar el representante legal del menor y, posteriormente, en su caso, un tutor o la determinación del acogimiento.

Estas situaciones requieren de una gran cooperación entre las autoridades de los dos Estados²² y, en cualquier caso, suponen una dificultad añadida que perjudica a la celeridad que ha de primar en estos supuestos²³.

Las dos distorsiones señaladas son una muestra de la colisión que se produce entre la normativa de extranjería y la normativa de DIPr, en su aplicación práctica. Pero más allá de estas dificultades, se observa también una gran complejidad en las relaciones entre los propios instrumentos existentes de DIPr sobre protección de menores. En concreto, se va a estudiar a continuación la relación entre el CH'96 y el RBIIbis.

3.2. Relación entre el Convenio de La Haya de 1996 y el Reglamento Bruselas II bis

El ámbito de aplicación del CH'96 y del RBIIbis se ve solapado, en tanto que los dos regulan la competencia judicial internacional y el reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la materia que nos ocupa. A ello hay que añadir que las previsiones recogidas en ambos instrumentos presentan algunas diferencias notables. A modo de ejemplo, el CH'96 no contiene ningún precepto que determine la prórroga de competencia como el art. 12

²¹ Véase párr. 44 del Informe Lagarde.

²² Entre los mecanismos previstos en el Reglamento que podrían resultar de utilidad a estos efectos, destaca el de la remisión a un órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto, previsto en su art. 15, así como en el considerando 13.

²³ Plantea esta problemática y expone algunas propuestas de solución REQUEJO ISIDRO, M., «La protección...», *op. cit.*, nota 15, pp. 499-505.

del Reglamento, ni una cláusula residual como la contenida en el art. 14 del Reglamento. Igualmente, se encuentran divergencias en lo relacionado con la transferencia de jurisdicción (arts. 8 y 9 del CH'96) y la *perpetuatio fori* (el art. 8.1 del Reglamento la afirma, y el art. 5.2 del Convenio la deniega)²⁴. Además, el proceso de reconocimiento y ejecución previsto en ambos instrumentos también difiere considerablemente. Por este motivo, resulta imperioso realizar una correcta delimitación del ámbito de aplicación de cada instrumento.

El punto de partida se encuentra en el art. 61 del Reglamento, que parece resolver esta cuestión al disponer que en las relaciones con el CH'96, el Reglamento se aplicará «cuando el menor afectado tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro». En consecuencia, cuando el menor tiene su residencia habitual en un Estado que no es miembro de la UE, pero es parte del CH'96, la competencia debe determinarse con arreglo a las normas del Convenio y no del Reglamento. Tras esto introduce una matización, y es que en el apdo. b) del art. 61 se indica que el Reglamento también se aplicará:

«en lo que respecta al reconocimiento y ejecución en el territorio de un Estado miembro de una resolución dictada por el órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro, aun cuando el menor afectado tenga su residencia habitual en un Estado no miembro que sea parte contratante del citado Convenio».

No obstante, pese a que este precepto resulta bastante clarificador, son tres las cuestiones que mayor problemática presentan en la práctica, en la materia concreta de protección de los menores no acompañados: las relacionadas con las distintas nociones de menor empleadas en cada instrumento, el *forum presentiae*, y el reconocimiento y ejecución de las medidas de protección.

3.2.1. *Cuestiones problemáticas en la aplicación de ambos instrumentos*

a) *Distinto concepto de menor y los menores emancipados*

Como se ha tenido ocasión de indicar con anterioridad, el RBIIbis y el CH'96 parten de distintos conceptos de menor:

El Reglamento omite toda definición de este término, por lo que para valorar si una persona es considerada o no menor de edad es necesario acudir a las normas de DIPr de cada Estado miembro. Ello ya ocasiona una primera problemática en tanto que, debido a los diferentes puntos de conexión empleados en lo referente al estatuto personal en cada uno de los ordenamientos jurídicos, la misma persona puede ser considerada menor de edad en un Estado y mayor de edad en otro país. En el caso del ordenamiento jurídico español, la mayoría de edad viene determinada por la ley nacional del interesado (art. 9.1 CC). Por consiguiente, ello hace que el Reglamento se pueda aplicar a una

²⁴ Véase GATZSCHE, K., «Protección de menores en situaciones difíciles: el Convenio de La Haya de protección de los niños y menores no acompañados», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, marzo de 2019, núm. 1, pp. 340-349.

persona mayor de dieciocho años que según su ley nacional todavía no ha alcanzado la mayoría de edad, y excluye de su aplicación a los menores de dicha edad, que según su ley nacional son mayores de edad. Asimismo, quedan excluidos de su ámbito de aplicación los menores emancipados.

Por su parte, dentro del ámbito de aplicación del CH'96 sí que estarían incluidos los menores emancipados, y aquellos menores de dieciocho años que, de conformidad con su ley personal, ya hubieran alcanzado la mayoría de edad. Al contrario, quedan excluidos los mayores de dieciocho años que, según su ley personal, todavía no fueran mayores de edad.

En el primer caso —aquellas personas que son consideradas menores a los efectos del CH'96, pero no para el Reglamento— las divergencias en la práctica son menos acusadas, ya que en defecto de la aplicación del RBIIbis podría aplicarse el CH'96 no solo para determinar la ley aplicable, sino también respecto a las cuestiones de competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución.

Mayores problemas presenta el segundo caso, relativo a aquellas personas que son consideradas menores a los efectos del Reglamento, en los supuestos que se encuentren dentro de su ámbito de aplicación, pero no del Convenio. En este caso, para la determinación de la competencia judicial internacional y el reconocimiento y ejecución de las resoluciones extranjeras, habría que acudir a las normas previstas en el Reglamento. Sin embargo, la determinación de la ley aplicable, al no poderse regir por el CH'96, queda en manos de los distintos Estados, que tendrán que aplicar sus propias normas de DIPr. En el caso de España, ello supone la aplicación del art. 9.6 CC, que incorpora por referencia el CH'96, por lo que finalmente termina aplicándose el texto convencional. Además, conviene recordar que estas personas que son consideradas menores para el Reglamento, no lo serán para el SECA, dificultando todavía más la conjunción práctica de todos estos instrumentos.

Otra situación sobre la que hacer hincapié, apuntada ya con anterioridad, es aquella en la que se encuentran los incapaces mayores de dieciocho años. Respecto de estas personas, deja de ser de aplicación el CH'96 y pasa a aplicarse el Convenio de La Haya sobre protección internacional de adultos, en la lógica normativa de la Conferencia de La Haya. No obstante, en tanto que España no ha ratificado dicho Convenio, sería de aplicación nuestra normativa interna²⁵.

b) *El forum presentiae y los menores refugiados e internacionalmente desplazados*

El *forum presentiae*, previsto en el art. 13 del RBIIbis, adquiere una gran relevancia en el caso de los MENA. Así, se trata de menores que han abando-

²⁵ Sobre ello destaca el estudio de DIAGO DIAGO, M. P., «La nueva regulación..», *op. cit.*, nota 18. En este trabajo, la autora resalta los puntos débiles del sistema español en esta materia, y propone soluciones de mejora, más acordes con las recogidas en el Convenio de La Haya sobre protección de adultos.

nado el Estado en que tenían hasta entonces su residencia habitual, y se han instalado en un nuevo Estado. Sin embargo, como se ha señalado anteriormente, es muy frecuente que todavía no hayan establecido una vinculación tal en el Estado en que se encuentran, como para que se pueda entender que es allí donde tienen su residencia habitual²⁶.

En virtud del art. 13 del Reglamento, en estos supuestos en los que no se puede establecer la residencia habitual del menor y no pueda determinarse la competencia sobre la base del art. 12, serán competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que esté presente el menor. Además, se especifica que este foro se debe aplicar a los menores refugiados y a los menores desplazados internacionalmente a causa de disturbios en su país²⁷.

Por su parte, el CH'96, en su art. 6, contiene una disposición muy similar. En él se establece la competencia a favor de los tribunales del Estado en que se encuentra el menor, para el caso de los menores refugiados e internacionalmente desplazados, y para aquellos niños cuya residencia habitual no puede determinarse²⁸.

No obstante, en este punto surge el interrogante de cuál de los dos instrumentos habría que aplicar en estos casos, ya que el elemento que determina la aplicación del Reglamento o del CH'96, como se ha indicado, es precisamente la residencia habitual del menor. De tal manera que, si se desconoce este dato, es preciso considerar otras circunstancias para delimitar el ámbito de aplicación de la norma de la UE y del instrumento convencional.

A este respecto, lo más apropiado parece ser aplicar el RBIIbis cuando el menor se encuentra presente en un Estado miembro de la UE²⁹; mientras que, en la misma lógica, el CH'96 sería aplicable si la presencia del menor se localiza en un Estado parte del Convenio.

Ahora bien, también es posible que, una vez iniciado el procedimiento en relación con las medidas de protección oportunas, el menor que inicialmente se encontraba en un Estado miembro de la UE, se traslade a otro Estado miembro. En este caso, el RBIIbis continuaría siendo de aplicación. No obstante, habría que determinar, dadas las circunstancias, qué autoridades serían competentes y el juego que podría desempeñar, en su caso, la

²⁶ Véase párr. 44 del Informe Lagarde.

²⁷ En este punto señalar que, aunque un menor extranjero no acompañado todavía no hubiera adquirido la condición de «refugiado», se le podría aplicar igualmente este precepto, en tanto que es un menor cuya residencia habitual no puede determinarse.

²⁸ En el párr. 45 del Informe Lagarde se indica que: «El foro de la presencia juega aquí el papel de un foro de necesidad».

²⁹ Esta conclusión se extrae a la luz de la Guía Práctica para la aplicación del RBIIbis, que en su apdo. 3.2.7 indica que «cuando resulta imposible determinar la residencia habitual del menor y no se aplica el art. 12, el art. 13 permite a un magistrado de un Estado miembro decidir en materia de responsabilidad parental por lo que se refiere a los menores que estén presentes en ese Estado miembro». Por consiguiente, el único requisito que ha de concurrir es que se trate de un menor presente en un Estado miembro, cuya residencia habitual no puede determinarse. En ese caso, los tribunales de ese Estado miembro son competentes para adoptar las medidas de protección oportunas sobre ese menor.

perpetuatio iurisdictionis del art. 8 del Reglamento. La situación se complica todavía más si el menor se traslada, no ya a un Estado miembro, sino a un Estado de fuera de la UE, parte en el CH'96. En este supuesto, dejaría de ser de aplicación el RBIIbis, y la situación pasaría a estar dentro del ámbito de aplicación del CH'96. De nuevo aquí habría que plantearse qué tribunales serían competentes, tomando en consideración, en especial, si los arts. 8 y 9 del CH'96, en relación con el art. 5.2, podrían activarse en este caso. Finalmente, también podría darse el supuesto inverso, consistente en que el menor se traslada de un Estado de fuera de la UE parte en el CH'96, a un Estado miembro de la UE.

En relación con estos desplazamientos del menor de un Estado a otro, adquiere relevancia asimismo la cuestión de la vigencia de las medidas de protección, ya dictadas en un Estado. Sobre el particular, el art. 14 CH'96 establece expresamente que las medidas continúan en vigor incluso aunque un cambio de las circunstancias haya hecho desaparecer la base sobre la que se fundaba la competencia de las autoridades que las dictaron.

c) *Reconocimiento y ejecución de medidas de protección*

Finalmente, otra de las problemáticas a destacar es la relacionada con el reconocimiento y ejecución de las medidas de protección. Como se ha reflejado anteriormente, en lo que respecta al reconocimiento y ejecución, el RBIIbis será de aplicación cuando la resolución provenga de los tribunales de un Estado miembro, y se pretenda reconocer o ejecutar en el territorio de otro Estado miembro. Y ello con independencia de la residencia habitual del menor, que puede estar localizada incluso en un Estado parte en el CH'96.

No obstante, es importante matizar que para que resulte de aplicación el sistema de reconocimiento y ejecución del RBIIbis, ha de tratarse de supuestos incluidos dentro de su ámbito de aplicación. Como se ha adelantado con anterioridad, por ejemplo, una resolución dictada por los tribunales de un Estado miembro, que otorgara medidas de protección a favor de un menor emancipado, y que se quiere reconocer o ejecutar en otro Estado miembro, no se podría beneficiar de este sistema.

3.2.2. *Novedades introducidas por el Reglamento Bruselas II ter*

El RBIIter introduce dos novedades esenciales, a tenor de los conflictos de aplicación con el CH'96, referidos en el apartado anterior de este estudio.

En primer lugar, este Reglamento unifica la noción del menor con la del CH'96 y define como menor a «toda persona que tenga menos de 18 años». De esta manera, tras la entrada en vigor del RBIIter, el concepto de menor previsto en la normativa de DIPr de la UE, en la normativa convencional, y

en la normativa de extranjería, va a ser coincidente. Ello va a permitir que se ponga fin a las distintas problemáticas analizadas, que se derivan precisamente de las distintas concepciones de menor, en los diferentes instrumentos normativos.

Por otro lado, en relación con el *forum presentiae*, el art. 11 del RBIIter introduce una significativa alteración respecto al actual art. 13 del RBIIBis. En concreto, el RBIIter, en su considerando 25, matiza que el *forum presentiae* solo debe aplicarse a los menores que tuvieran su residencia habitual en un Estado miembro *antes del desplazamiento*. En consecuencia, cabe preguntarse qué ocurrirá si la residencia habitual del menor antes del desplazamiento estaba en un tercer Estado, lo cual será muy habitual en la práctica. En este supuesto, de manera subsidiaria, deberá aplicarse la norma sobre la competencia relativa a los menores refugiados e internacionalmente desplazados que figura en el CH'96, con base en el *forum presentiae*³⁰.

Así, una vez que entre en vigor el RBIIter, además de que el menor esté presente en un Estado miembro de la UE, se exigirá también que antes del desplazamiento tuviera su residencia habitual en un Estado de la Unión. De tal forma que, si un MENA se encuentra en un Estado miembro, pero su residencia habitual anterior estaba, por ejemplo, en Siria, los tribunales del Estado de la UE en que se encuentra el menor deberán de basar su competencia en el art. 6 del CH'96, y no en el art. 11 del Reglamento.

4. CONSIDERACIONES FINALES

Como se ha puesto de manifiesto a lo largo del presente trabajo, en materia de protección de los MENA, existe en la actualidad un auténtico laberinto normativo, en el que concurren las normas de extranjería, con las normas de DIPr. Además, dentro de estas últimas, también confluyen las normas dictadas por el legislador de la UE, con la normativa convencional, y la de DIPr autónomo de los distintos Estados. A ello hay que añadir el verdadero problema, y es que esta confluencia no siempre es armoniosa, sino que, en la aplicación práctica de dichos instrumentos, pueden surgir diferentes conflictos, como los analizados en este estudio.

Estas problemáticas derivan, por un lado, de la diferente concepción de «menor» prevista en los distintos instrumentos analizados. Por otro lado, la diferencia entre las normas de competencia judicial internacional previstas en cada uno de ellos hace todavía más acusados los conflictos que pueden surgir en la práctica, tal y como se ha puesto de relieve.

³⁰ Esta aplicación preferente de las normas de competencia judicial internacional del CH'96 se justifica con una referencia al art. 52.2 del texto convencional. Sobre este art. 11 del RBIIter véanse CAMPUZANO DÍAZ, B., «El nuevo Reglamento...», *op. cit.*, nota 20, pp. 97-117, esp. p. 108; BERNARDO SAN JOSÉ, A., «Las normas de competencia internacional en materia de responsabilidad parental en el Reglamento (UE) 2019/1111, del Consejo, de 25 de junio de 2019», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, octubre de 2020, núm. 2, pp. 1243-1289, esp. pp. 1274-1275.

Por todo ello, en el presente trabajo se ha tratado de delimitar el ámbito de aplicación de cada uno de estos instrumentos jurídicos, con la finalidad de clarificar las circunstancias en las que el operador jurídico ha de aplicar uno u otro.

Como se ha tenido ocasión de analizar, el RBIIter viene a arrojar algo de luz sobre la cuestión, y va a facilitar la coordinación entre las distintas normativas aplicables a la protección de los MENA. No obstante, muchos de los problemas detectados, como se ha señalado, todavía van a persistir, siendo necesario proporcionar las mejores soluciones en aras a garantizar la correcta protección de estos menores tan vulnerables.

RESUMEN

EL LABERINTO JURÍDICO DE LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES MIGRANTES ABANDONADOS: UNA APROXIMACIÓN DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

La protección de los menores migrantes abandonados es una materia en la que confluyen la normativa sobre protección de la infancia, y la normativa de extranjería. A ello hay que sumar una dificultad añadida, como es la problemática derivada de las diferentes nociones del propio concepto de menor, que se proporcionan en dichos instrumentos. Ambas circunstancias pueden ocasionar confusión en la práctica y repercutir en una aplicación errada de la normativa en cuestión, mermando la protección de los MENA.

Palabras clave: menores extranjeros no acompañados (MENA), menores abandonados, protección internacional, interés superior del menor.

ABSTRACT

THE LEGAL MAZE OF THE PROTECTION OF UNACCOMPANIED FOREIGN MINORS: A PERSPECTIVE FROM PRIVATE INTERNATIONAL LAW

The protection of abandoned migrant minors is a subject in which the regulations on child protection and the immigration regulations converge. To this must be added an added difficulty, such as the problems derived from the different notions of the concept of minor itself, which are provided in said instruments. Both circumstances can cause confusion in practice and lead to a wrong application of the regulations in question, undermining the protection of the MENA.

Keywords: unaccompanied foreign minors (MENA), abandoned minors, international protection, best interests of the minor.



MOVILIDAD INTERNACIONAL Y EL MERCADEO DE LA MIGRACIÓN SEGURA A TRAVÉS DE LA TEORÍA CRÍTICA DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES

Waldimeiry CORREA DA SILVA*

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES INICIALES.—2. LOS *GOLDEN VISA* COMO «EL DORADO» DE LA MIGRACIÓN SEGURA.—2.1. La regulación de los *Golden Visa* en el contexto español.—2.2. Los visados dorados como modelo de migración regular, segura y neoliberal.—3. LAS MIGRACIONES CONTEMPORÁNEAS A PARTIR DE UNA APROXIMACIÓN CRÍTICA.—3.1. Las migraciones contemporáneas y la ciudadanía.—4. CONSIDERACIONES FINALES DESDE EL MARCO ANALÍTICO DE LA TEORÍA CRÍTICA.

1. CONSIDERACIONES INICIALES

Este artículo tiene el objetivo de analizar la migración regular que ocurre a través de los visados dorados (*Golden Visa*) en contexto europeo y español, a partir de la aplicación de la teoría crítica de las RRII desde la aproximación al pensamiento de la Escuela de Frankfurt¹. Los *Golden Visa* son una iniciativa que posibilita la adquisición de residencia y/o ciudadanía a cambio de una inversión significativa en el país de acogida. A estos efectos, la teoría crítica se centra en el análisis de las interacciones humanas que conviven en

* Investigadora distinguida/EMERGIA, Departamento de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Sevilla (wcorrea@us.es). Esta publicación ha sido realizada en el marco del proyecto Captación al Talento Investigador (programa EMERGIA)/Junta de Andalucía (2021-2024). Todas las páginas web mencionadas en este estudio han sido consultadas el 12 de mayo de 2021.

¹ LINKLATER, A., «The Question of the Next Stage in International Relations Theory: A Critical-Theoretical Point of View», *Millennium*, vol. 21, 1992, núm. 1, pp. 72 y 78; LINKLATER, A., «Critical Theory», en GRIFFITHS, M. (ed.), *International Relations Theory of the Twenty-first Century: An introduction*, Londres-Nueva York, Routledge, 2007; DEVETAK, R., «Critical Theory», en BURCHILL, S. (ed.), *Theories of International Relations*, Basingstoke/Nueva York, Palgrave Macmillan, 2013; SHAPCOTT, R., «Critical Theory», en SMIT, C. y SNIDAL, D. (eds.), *The Oxford Handbook of International Relations*, Oxford/Nueva York, Oxford University Press, 2008; SANAHUJA, J. A., «Los desafíos de la Teoría crítica de las Relaciones Internacionales», en ARENAL, C. D. y SANAHUJA, J. A. (eds.), *Teorías de las Relaciones Internacionales*, Madrid, Tecnos, 2015.

comunidades o Estados y de las lógicas que guían hacia una mayor o menor inclusión. La elección teórica responde a la posibilidad de observar la existencia del sistema de concesión de visados dorados que puede ser fácilmente explicado por el binomio «lógicas de inclusión y exclusión»². La idea de emancipación³ ayuda a comprender cuáles son los intereses dominantes en una estructura social y cuáles son los mecanismos ideacionales que pueden dar lugar al cambio.

El objetivo de la teoría crítica será entonces el de contraponer los elementos ideacionales contendientes, contenidos en una estructura social, para transformar la visión dominante en un entorno mediante la emancipación e inclusión. Será aplicado el análisis de Linklater⁴ sobre la estructura social dominante en el sistema internacional contemporáneo y su propuesta de revisión a partir de tres dimensiones para lograr el proyecto emancipatorio: dimensiones normativa, sociológica y praxeológica. Estas dimensiones sugieren la existencia de un Estado opresor que debe ser modificado o sustituido. El propósito de la teoría crítica es promover la desaparición de las barreras que distinguen entre «nosotros» y «ellos», con la pretensión de generar una sociedad más incluyente que promueva la universalidad por encima del particularismo⁵. Con ello, se apunta a que las divisiones responden a barreras ideacionales creadas de manera artificial y que se articulan a través de las fuerzas de poder dominantes. De modo complementario, se utilizan también las cuatro categorías de exclusión de Marr Bailey⁶ (ontológica, política, epistemológica y moral), para complementar el análisis teórico, explicar enfoque mercantilizado de los *Golden Visa*, en la UE y España.

Dicha teoría se sustenta en las ideas de emancipación, liberación y transformación del sistema internacional por considerar que las teorías dominantes de las RRII se han preocupado por describir el mundo, en lugar de cambiarlo⁷. Del mismo modo, considera que el sistema internacional se ha desarrollado de manera desigual y, por tanto, busca romper con la estructura que ha dado lugar a un mundo desigual, estratificado y cargado de relaciones de dominación. La migración segura a partir de la concesión de los *Golden Visa* sigue los estándares del orden internacional⁸ y permiten observar

² LINKLATER, A., *op. cit.*, 1992, pp. 72 y 78.

³ ASHLEY, R. K., «The Geopolitics of Geopolitical Space: Toward a Critical Social Theory of International Politics», *Alternatives*, vol. 12, 1987, pp. 403-434.

⁴ LINKLATER, A., *op. cit.*, 1992; LINKLATER, A., *op. cit.*, 2007.

⁵ SODUPE, K., *La teoría de las relaciones internacionales a comienzos del siglo XXI*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2003, p. 192.

⁶ BAILEY, M., «The neoliberal city as utopia of exclusion», *Globalizations*, vol. 17, 2019, núm. 1, pp. 31-44.

⁷ COX, R. W., «Social Forces, States and World Orders: Beyond International Relations Theory», *Millennium*, vol. 10, 1981, núm. 2, pp. 126-155; LINKLATER, A., *op. cit.*, p. 200.

⁸ Expresión utilizada para hacer referencia orden internacional creado tras la Segunda Guerra Mundial, fundamentada bajo el paraguas de los acuerdos de Bretton Woods bajo el liderazgo de Estados Unidos. Véanse HURRELL, A., *On Global Order: Power, Values, and the Constitution of International Society*, Oxford, OUP, 2007; IKENBERRY, J. G., «The end of liberal international order?», *International Affairs*, vol. 94, 2018, núm. 1, pp. 7-23.

el binomio de inclusión y exclusión descrito por la teoría crítica, así como otros conceptos relevantes, como el orden internacional, la emancipación y la transformación social.

Asimismo, la teoría crítica profundiza en la comprensión de las causas de las migraciones y su relación directa con la globalización y el capitalismo. Esto implica producir conocimiento sobre razones directas, pero también sobre las estructuras globales de poder y daño, así como los agentes cómplices en él. Desde este enfoque, la política actual, el conocimiento, el orden internacional y la gobernanza deben servir para liberar a los individuos de daños innecesarios e interacciones injustas o desequilibradas. Las instituciones deben actuar para superar los diferentes tipos de exclusión ejercida por personas de la sociedad de su propio país o de sociedades de otros países.

Se parte de la hipótesis de que el sistema de visados dorados, adoptados en la Unión Europea y España, representan la lógica de inclusión y exclusión propios de la teoría crítica. Para verificar esta hipótesis, el artículo responde a las siguientes preguntas de investigación: ¿Cuál es el alcance de los *Golden Visa* en la UE y España? ¿Permiten la emancipación defendida por la teoría crítica? ¿Cómo se percibe los *Golden Visa* desde el enfoque crítico de las migraciones? ¿Cómo los explica el enfoque crítico de las Relaciones Internacionales? ¿Las dimensiones de análisis sugeridas por A. Linklater y M. Bailey permiten observar una realidad excluyente?

Este trabajo está estructurado en cuatro apartados: en el primero, se presentan las consideraciones iniciales relativas al marco teórico, objetivos e hipótesis. El segundo apartado explica el contexto internacional y europeo de «el dorado» de la migración segura a partir de la inclusión diferencial propiciada por los *Golden Visa*. El tercer apartado realiza una aproximación de las migraciones contemporáneas a partir del enfoque crítico que evidencia la influencia del orden internacional, que impacta sobre un proceso migratorio desigual y excluyente. En las consideraciones finales, se analiza desde el marco teórico de la teoría crítica cómo operan la lógica de inclusión y exclusión en el contexto de los visados dorados.

La metodología utilizada ha sido la revisión temática de literatura. Esta revisión fue realizada en dos etapas. En un primer momento, se llevó a cabo una búsqueda en *Web of Science* de los términos exclusión e inclusión en el área temática de RRII. En un segundo momento, se realizó una búsqueda avanzada por la palabra *Golden Visa* también en *Web of Science*⁹. Esta búsqueda ha sido complementada con una segunda revisión en Aranzadi¹⁰ y Eurolex¹¹. La revisión de literatura ha posibilitado, por un lado, explicar el marco analítico de la teoría crítica, y a partir de ahí, explicitar el significado del binomio inclusión-exclusión. Por otro lado, la literatura crítica sobre mi-

⁹ Criterios de búsqueda: *Golden*Visa; criterio limitación: a partir de 2010 (año de regulación), ámbito de europeo.

¹⁰ Criterios de búsqueda: «Visado de residencia para inversores».

¹¹ *Golden Visa*.

graciones nos ha permitido examinar cómo se aborda este binomio, además de explorar la «intersección entre la literatura sobre migraciones y la teoría crítica y reflexionar sobre la utilidad de los conceptos que se destacan para analizar los casos de la UE y España»¹².

2. LOS GOLDEN VISA COMO «EL DORADO» DE LA MIGRACIÓN SEGURA

Los programas migratorios para inversionistas, *Golden Visa*, en su calificación coloquial, son una iniciativa que posibilita la adquisición de residencia y/o ciudadanía a cambio de una inversión significativa¹³ en el país de acogida (cfr. Mapa 1)¹⁴. De acuerdo con Transparencia Internacional, solo en la última década la Unión Europea (UE) ha concedido más de 6.000 ciudadanía y 100.000 residencias a través de los programas de los *Golden Visa*¹⁵.

Venta de ciudadanía y residencia en la UE (Mapa 1)



¹² La autora agradece los comentarios recibidos de los revisores de la *REDI* que ha permitido incorporar esta observación al trabajo.

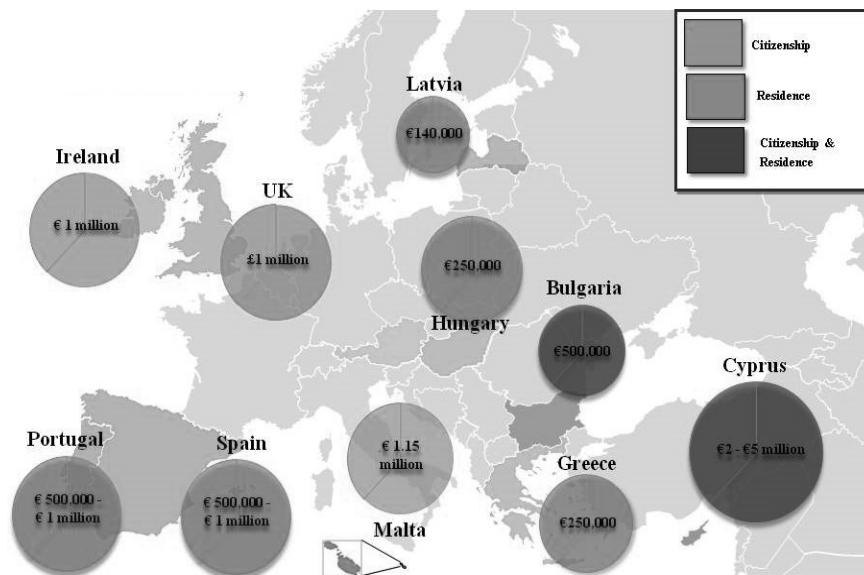
¹³ ORTEGA GIMÉNEZ, A. y NAVARRO PLÁ, E. C., «La *Golden Visa* en España: ¿éxito o fracaso?», en SANTOS GONZÁLEZ, D. y GIMÉNEZ RODRÍGUEZ, S. (coords.), *Integraciones y Desintegraciones sociales*, Toledo, ACMS, 2016, pp. 452-461.

¹⁴ CARRERA, S., «How much does EU citizenship cost? The Maltese citizenship-for-sale affair: A breakthrough for sincere cooperation in citizenship of the union?», *CEPS Liberty and Security in Europe*, abril de 2014, núm. 64. En *Liberty and Security in Europe Paper*; <https://www.ceps.eu/ceps-publications/how-much-does-eu-citizenship-cost-maltese-citizenship-sale-affair-breakthrough-sincere>.

¹⁵ TRANSPARENCY INTERNATIONAL & GLOBAL WITNESS, *European getaway: inside the murky world of Golden Visas*, 2018.

En el ámbito de la UE no hay una legislación común sobre la concesión de este tipo de visados¹⁶; en efecto, los Estados miembros adoptan diferentes políticas para la captación de inversión extranjera destinadas a la adquisición o arrendamiento de bienes inmuebles. En este entorno del régimen de los *Golden Visa*, la captación de inversión extranjera pasa por ofrecer procedimientos acelerados para acceder a visados y permisos de residencia (Bulgaria, Chipre, Grecia, Francia, Holanda, Hungría, Irlanda, Letonia, Luxemburgo, Malta, Portugal, España) o incluso para obtener la nacionalidad (Austria, Bulgaria, Chipre y Malta)¹⁷.

¿Cuánto cuesta la ciudadanía y la residencia? (Mapa 2)



Esta forma de migración a la carta y mercantilizada se obtiene mediante la inversión y confiere la posibilidad de obtención de residencia y/o ciudadanía¹⁸. La Comisión Europea indicó tanto el riesgo para la seguridad como

¹⁶ Asimismo hay que recordar que los *Golden Visa* deben respetar un marco jurídico general establecido a nivel europeo, como son: Reglamento (CE) núm. 562/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) de 15 de marzo de 2006; Reglamento (CE) núm. 810/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio, por el que se establece un Código comunitario sobre visados; Reglamento (UE) núm. 265/2010, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de marzo, por el que se modifica el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y el Reglamento (CE) núm. 562/2006.

¹⁷ TRANSPARENCY INTERNATIONAL & GLOBAL WITNESS, *op. cit.*, p. 9.

¹⁸ MARÍN CONSARNAU, D. y RIVAS NIETO, E., «Golden Visa y efectos tributarios», *Housing: Revista de la Cátedra de Vivienda de la Universidad Rovira i Virgili*, 2018, núm. 10, pp. 40-43; CARRERA, S., *op. cit.*, pp. 13-19; SURAK, K., «Who wants to buy a visa? Comparing the uptake of residence by investment programs in the European Union», *Journal of Contemporary European Studies*, 2020, pp. 1-19; EROĞLU

la falta de transparencia que supone el régimen del *Golden Visa* y también advirtió que muchos inmuebles podrían estar siendo comprados con dinero proveniente de corrupción o blanqueo de capitales. Este negocio de la migración plantea la venta de ciudadanía y residencia conlleva riesgos que amenazan la integridad de la UE¹⁹. En esta línea, la Vicepresidenta de la Comisión Europea, Viviane Reding, pondera que la ciudadanía no debe estar en venta en la UE y crítica a los Estados que lo hacen²⁰.

En esta senda, Transparencia Internacional (2018) llama la atención sobre el alto riesgo de corrupción asociado a las *Golden Visa* que comparten tres características: la primera está relacionada al perfil de los solicitantes y las grandes cantidades de dinero que se necesitan para pedirlos; la segunda concierne a la falta de integridad operativa en la gobernanza de estos programas; y la tercera es la ausencia de estándares y prácticas comunes en el contexto de la UE²¹.

El Parlamento Europeo ha seguido de cerca la evolución de los *Golden Visa*, especialmente tras la institucionalización de un sistema de evaluación *ex ante* y *ex post* de políticas públicas en 2014²². En este caso, se ha realizado a través del Comité Especial de Crímenes Financieros y Evasión Fiscal (Comité TAX3), que solicitó al Servicio de Estudios del Parlamento Europeo (EPRS) un estudio sobre la ciudadanía por inversión (CBI) y la residencia por inversión (RBI). En este estudio, el EPRS llegó a las siguientes conclusiones: «a pesar de que los CBI/RBI no permiten por sí mismos evadir los estándares de información (en materia fiscal), facilitan las declaraciones falsas sobre la residencia y pueden por tanto socavar los procedimientos de debida diligencia»²³. Sobre la base de este estudio, el Comité TAX3 solicitó a los Estados miembros acabar inmediatamente con este tipo de visados²⁴.

UTKU, D., «Ethics of Commodified (Golden) Citizenship», *Journal of Economy Culture and Society*, 2020, núm. 62, pp. 365-380.

¹⁹ Tal como señala Transparency International (2018), los riesgos provienen de una insuficiente diligencia debida, de la existencia de conflictos de interés y de un amplio margen de discrecionalidad por parte de los Estados. Véase TRANSPARENCY INTERNATIONAL & GLOBAL WITNESS, *op. cit.*, 2018, p. 2.

²⁰ REDING, V., «Citizenship must not be up for sale», *European Commission*, Speech/14/18, 15 de enero de 2014. Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_14_18. En esta dirección también actuó el Parlamento Europeo en su resolución: *European Parliament resolution on EU citizenship for sale*, 2013/2995(RSP), 16 de enero de 2014. Véase también BAUBÖCK, R., «What is wrong with selling citizenship? It corrupts democracy!», en SHACHAR, A. y BAÜBOCK, R. (eds.), *Should Citizenship be for Sale?*, EUI Working Papers, RSCAS 2014/01, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, EUDO Citizenship Observatory, Florence, Italy, 2014, pp. 5 y 20-21.

²¹ Hasta el momento, la UE solo se ha pronunciado en dos situaciones específicas: «1) Cuando los países ofrecen directamente la nacionalidad a los inversores extranjeros a cambio de montantes considerados improcedentes, y 2) cuando reclama precaución y fiscalización de los flujos de dinero entrantes a través de los programas ARI, para evitar que se convierta en un sistema de blanqueo de capitales». Véase CARRERA, S., *op. cit.*, pp. 6-9.

²² ANGLMAYER, I. y SCHERRER, A., «Ex-post evaluation in the European Parliament: an increasing influence on the policy cycle», *Journal of Legislative Studies*, vol. 26, 2020, núm. 3, pp. 405-426.

²³ *Ibid.*, p. 17.

²⁴ European Parliament Resolution P8-TA (2019)0240 on financial crimes, tax evasion and tax avoidance, 26 de marzo de 2019. Disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2019-0102_EN.html.

Sin embargo, la Comisión Europea ha sido más precavida a este respecto, pues a pesar de la exigencia del vínculo genuino que recogió en su Informe de 2019 que fue tratado anteriormente, anunció que «seguiría de cerca las actuaciones de los Estados miembros para asegurar la transparencia y la buena gobernanza en la aplicación de los programas CBI/RBI»²⁵, y no exigió su eliminación. Ya se ha creado un grupo de expertos para analizar esta materia.

2.1. La regulación de los *Golden Visa* en el contexto español

En el contexto español, está regulado por la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (Ley de Emprendedores)²⁶, que ofrece este programa a quien lo desee y reúna las condiciones exigidas con el fin de autorizar la residencia en el país para realizar inversiones. Con ello se crea una nueva tipología de visados y autorización de residencia para inversores, lo que supone procedimientos más ágiles, favorables y flexibles que los previstos en la normativa de extranjería para la entrada y obtención de residencia española y contrasta con otros procedimientos de obtención de visado y residencia de cualquier otro extranjero. Esto produce la controversia sobre la mercantilización con la migración regular. Por un lado, con el objetivo de atraer capital e inversión, se privilegia a aquellos que disponen de capital suficiente para pagar por su libre circulación y gozar de derechos de residencia.

La «Ley de Emprendedores» fue estructurada bajo premisas neoliberales y tiene el objetivo de «potenciar y facilitar la iniciativa empresarial y la oportunidad de emprender, pues el crecimiento y la reactivación económica requieren reformas favorables que fortalezcan el «tejido empresarial» de forma duradera»²⁷. Esta ley configuraba diversas autorizaciones de residencia por motivos económicos (para profesionales altamente cualificados, traslados empresariales, investigadores, etc.)²⁸, cuyo público objetivo eran «las élites ricas de Oriente Próximo, Rusia y China»²⁹. De entre todas ellas, reciben la calificación de *Golden Visa* las que se otorgan por una inversión según los

²⁵ ANGLMAYER, I. y SCHERRER, A., *op. cit.*, p. 19.

²⁶ Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Modificado por el Real Decreto ley 11/2018, de 31 de agosto, de transposición de directivas en materia de protección de los compromisos por pensiones con los trabajadores, prevención del blanqueo de capitales y requisitos de entrada y residencia de nacionales de países terceros y por el que se modifica la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. *BOE* núm. 233, de 28 de septiembre de 2013.

²⁷ VELA DÍAZ, R., «El nuevo modelo migratorio de acceso privilegiado tras la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores. Hacia una inmigración selectiva de carácter económico», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 2014, núm. 37, pp. 85-110.

²⁸ AMPUDIA DE HARO, F. y GASPAS, S., «Visados dorados para inversores en España y Portugal: residencia a cambio de dinero», *Arbor*, vol. 195, 2019, núm. 791, p. 1.

²⁹ HOLLERAN, M., «Buying Up the Semi-Periphery: Spain's Economy of "Golden Visas"», *Ethnos*, 2019, pp. 1-20.

criterios establecidos en su art. 63, que permite acceder a un visado de residencia válido durante un año³⁰. Es especialmente llamativo que, en línea con la intención de los *Golden Visa* de facilitar los trámites a los inversores, si en el plazo de veinte días desde la solicitud de una Autorización de Residencia para Inversores (ARI), *Golden Visa*, no se ha recibido respuesta, se considerará otorgada por silencio administrativo positivo.

En cualquier caso, hay que tener en cuenta que la Ley de Emprendedores debe ubicarse dentro de un marco jurídico más amplio: todas las normas relativas a la inmigración, cuyo máximo exponente es la Ley Orgánica 4/2000, conocida como Ley de Extranjería (LOEX), y su reglamento de desarrollo, el Real Decreto 557/2011 (RELOEX). Además, en relación con la LOEX, la Ley de Emprendedores no hace más que configurar un modelo alternativo de inmigración, situado al margen del régimen común de la LOEX y sin realizar cambios en esta (ya que tiene carácter de ley ordinaria)³¹.

Este marco legal general se caracteriza por la gran cantidad de trabas que ponen al trabajo por cuenta propia de los inmigrantes. Tal y como se observa en la exposición de motivos de la Ley de Emprendedores (2013) que no hace alusión a la inclusión de demás los inmigrantes residentes que tuviesen la intención de regularizar su situación administrativa y laboral, pero que no cuentan con la suma establecida por la Ley de Emprendedores de 2013. En esta línea, la residencia se está utilizando como un incentivo para atraer la inversión (que podría venir mediante otros métodos), y con ello, elimina las trabas para los migrantes más ricos, ya que no hay una verdadera preocupación por la situación del inmigrante empresario en España. De ahí el argumento de que se trata de una mercantilización del derecho a migrar, creando así un «apartheid de la migración»³². De acuerdo con Transparencia Internacional, España es uno de los países que más ha otorgado visas doradas de residencia: «desde 2013 hasta abril de 2018, se aprobaron 24.755 residencias a inversionistas y sus familiares»³³.

2.2. Los visados dorados como modelo de migración regular, segura y neoliberal

Los *Golden Visa* responden a una lógica de patrones migratorios no convencionales: no es una movilidad asociada a mano de obra que se desplaza hacia zonas en las que hay un excedente de capital y un déficit de fuerza de trabajo, sino que responde a desplazamientos de individuos con capital a

³⁰ Sin embargo, si se desea permanecer en España durante más de un año, se debe acceder a una autorización de residencia para inversores, válida durante dos años (prorrogables de dos en dos años).

³¹ VELA DÍAZ, R., *op. cit.*, pp. 92 y 99.

³² GEORGI, F. y SCHATRAL, S., «Towards a Critical Theory of Migration Control: The Case of the IOM», en GEIGER, M. y PÉCOUD, A. (eds.), *The New Politics of International Mobility Migration Management and its Discontents*, Institut für Migrationsforschung und Interkulturelle Studien (IMIS): Universität Osnabrück, 2012, pp. 193-222.

³³ TRANSPARENCY INTERNATIONAL & GLOBAL WITNESS, *op. cit.*, pp. 12-15.

zonas deficitarias en capital³⁴. También responden a una lógica de internacionalización de los flujos de capital en el marco de una economía globalizada donde los Estados pugnan por captar inversión³⁵. Esta doble lógica se integra en la migración de capital³⁶, que engloba: 1) Los programas migratorios de negocios, cuyo objetivo es que se resida efectivamente en el país receptor, y 2) la inversión directa extranjera, sin necesidad de residencia.

En el caso de España, los *Golden Visa* están en un punto intermedio, ya que no se exige una residencia efectiva (si bien, según los testimonios de los extranjeros que han optado por estos *Golden Visa*, la gran mayoría tienen la intención de residir y nacionalizarse en España)³⁷. Si echamos un vistazo a los países europeos que han implantado los *Golden Visa* (Chipre, Portugal, España, Bulgaria, etc.), la gran mayoría de ellos forman parte de la llamada «semiperiferia»: el conjunto de países (mediterráneos) que estaban geográficamente apartados del núcleo industrial del norte europeo³⁸. Tradicionalmente, estos países se han relacionado con el Norte a través de fondos de fomento del empleo, la infraestructura, etc., pero la crisis económica del 2008 ha planteado dudas sobre la continuidad de esta relación³⁹.

El modelo de los *Golden Visa* son un reflejo de la racionalidad política neoliberal⁴⁰, entendida como un modo de gobierno (o político)⁴¹ que apuesta por economizar el ejercicio del poder, de forma que sean los propios individuos los que inviertan en su autogobierno con la máxima competencia e intensidad posibles. Esto, además, se alinea con el «enfoque económico del comportamiento humano» de Gary Becker, según el cual la lógica del mercado debe aplicarse a todo tipo de situaciones, independientemente de los bienes en juego (como la ciudadanía y la decisión que mejor encarna la soberanía del Estado: decidir quién forma parte de él)⁴². De esta forma «se considera aceptable la inclusión de individuos en una determinada comunidad si el coste de tal inclusión no resulta superior a los hipotéticos beneficios que dichos individuos generarán»⁴³.

El papel que juega el capital en este modelo de migración también despierta otro tipo de críticas, pues tal y como están planteados, los *Golden Visa* comercializan el modelo de Estado social europeo a personas ajenas al espacio Schengen (el buen clima, la baja criminalidad, los servicios sanitarios y educativos, etc.) y favorecen la idea de la «Europa fortaleza», especialmente

³⁴ AMPUDIA DE HARO, F. y GASPAS, S., *op. cit.*, p. 495; Ley 14/2013, *op. cit.*, Preámbulo (I).

³⁵ Ley 14/2013, *op. cit.*, Preámbulo (I).

³⁶ AMPUDIA DE HARO, F. y GASPAS, S., *op. cit.*

³⁷ HOLLERAN, M., «Buying Up the Semi-Periphery: Spain's Economy of "Golden Visas"», *Ethnos*, 0 (0), 2019, pp. 1-20.

³⁸ *Ibid.*, p. 7.

³⁹ *Ibid.*, p. 12.

⁴⁰ AMPUDIA DE HARO, F. y GASPAS, S., *op. cit.*, pp. 7-9.

⁴¹ BAILEY, M., *op. cit.*, p. 5.

⁴² SHACHAR, A., «The Marketization of Citizenship in an Age of Restrictionism», *Ethics & International Affairs*, vol. 32, 2018, núm. 1, pp. 3-13.

⁴³ AMPUDIA DE HARO, F. y GASPAS, S., *op. cit.*; VELA DÍAZ, R., *op. cit.*, p. 5.

teniendo en cuenta que han aparecido en una época en la que los movimientos migratorios de refugiados han alcanzado cifras desorbitadas⁴⁴.

Esta clara mercantilización de la ciudadanía que suponen los *Golden Visa* puede ser objeto de muchas críticas, pero quizá la más importante de todas ellas sea que actúa en detrimento del propio concepto de ciudadanía. La ciudadanía está constituida por relaciones políticas y, por tanto, debe reflejar y generar participación política, solidaridad, compartir riesgos, etc.⁴⁵. Sustituir este carácter exclusivamente político por una perspectiva económica puede actuar incluso en detrimento de la propia soberanía del Estado si los agentes económicos se muestran más eficaces que la Administración estatal a la hora de administrar la ciudadanía.

3. LAS MIGRACIONES CONTEMPORÁNEAS A PARTIR DE UNA APROXIMACIÓN CRÍTICA

Los diferentes procesos de movilidad humana constituyen un fenómeno complejo y diverso, que engloban diferentes categorías jurídicas y que son parte de la agenda internacional. Las migraciones internacionales nos exhortan a repensar las categorías con las cuales las migraciones y los migrantes han sido analizados, demostrando que estos procesos abarcan múltiples aspectos y dimensiones⁴⁶ y que, por tanto, se deben examinar como un proceso social⁴⁷.

En esta línea, Nikos Papastergiadis⁴⁸ introduce los conceptos analíticos de hibridación y desterritorialización con el objetivo de revisar las teorías clásicas y subrayar el papel central que desempeña actualmente la migración global en la configuración de las sociedades contemporáneas. Con ello, ofrece un mapeo histórico y geográfico sobre la migración global para poner de manifiesto la naturaleza turbulenta de la migración global contemporánea y su conexión con el proceso de globalización.

⁴⁴ HOLLERAN, M., *op. cit.*, p. 12.

⁴⁵ SHACHAR, A., *op. cit.*, pp. 2-3.

⁴⁶ Alejandro Portes ofrece categorías analíticas que permiten comprender la complejidad de los movimientos migratorios a partir de la proposición de los principios de: influencia centro-periferia y desequilibrio natural, modos de incorporación, grupos intermediarios y enclaves étnicos; y economía informal. Véase PORTES, A. y WALTON, J., *Labor, Class and the International System*, New York, Academic Press, 1981. Otra contribución relevante es la de Saskia Sassen al identificar los procesos que conducen a las migraciones, véase SASSEN, S., *La movilidad del trabajo y del capital. Un estudio sobre la corriente internacional de la inversión y del trabajo*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1993; *id.*, *Contra geografías de la globalización, género y ciudadanía en los circuitos transfronterizos*, Madrid, Traficantes de Sueños, 2003.

⁴⁷ MASSEY, D. *et al.* (eds.), *Worlds in Motion. Understanding International Migration at the End of the Millennium*, Oxford, Clarendon Press, 1998; PORTES, A., «Economic Sociology and the Sociology of Immigration: A Conceptual Overview», en PORTES, A. (ed.), *The Economic Sociology of Immigration*, New York, Russell Sage Foundation, 1995, pp. 1-41.

⁴⁸ PASTERGIADIS, N., *The Turbulence of Migration: Globalization, Deterritorialization and Hybridity*. Oxford, Polity Press, 2000.

Este estudio utiliza el enfoque de la autonomía de las migraciones para explicar cómo la turbulencia «intensifica las tensiones entre los movimientos migratorios y los equilibrios con el mercado laboral y la ciudadanía»⁴⁹. Es útil, pues también permite entender que en muchos casos las migraciones son una estrategia de supervivencia de muchas personas del «Sur Global» y evidencian la capacidad de agencia y búsqueda de cambio del sujeto migrante. Por ello, el concepto de autonomía de las migraciones⁵⁰ «sostiene que la migración conforma, estructuralmente, un *excedente* de los equilibrios mencionados. En torno de este excedente se pone en juego en forma continua la redefinición de los dispositivos de explotación y dominación, cuyos efectos se irradian hoy sobre todo el trabajo vivo y sobre toda la ciudadanía»⁵¹. En este marco, «el desarrollo de la perspectiva de la autonomía de las migraciones ha incursionado en los límites y potencialidades de una noción tan importante políticamente como la de ciudadanía»⁵².

Yann M. Boutang⁵³ realiza una contribución ceñida a explicar la politización y subjetivación de la movilidad del trabajo. De este modo, pone el foco en la dimensión subjetiva de las migraciones contemporáneas, dejando ver los procesos de violencia, dominación y explotación que marca la experiencia migratoria⁵⁴. Esta perspectiva se encaja en el desafío epistémico asumido por la teoría crítica que desafía el orden preestablecido que excluye a una gran cantidad de inmigrantes, sobre todo aquellos que se encajan en una situación administrativa de irregularidad, al conferirles agencia y autonomía.

3.1. Las migraciones contemporáneas y la ciudadanía

Las migraciones internacionales están experimentando intensos cambios: económicos, políticos, sociales, jurídicos, tecnológicos, sanitarios, étnico-culturales y medioambientales. A este respecto, Stephen Castles y Mark Miller afirman que las migraciones contemporáneas presentan cinco características esenciales: la globalización del proceso, la aceleración de los flujos migratorios, la diversificación de las figuras migratorias y sus factores de empuje, la feminización y la creciente politización del proceso⁵⁵.

⁴⁹ MEZZADRA, S., «Capitalismo, migraciones y luchas sociales. La mirada de la autonomía», *Nueva sociedad*, 2012, núm. 237, p. 168.

⁵⁰ CORDERO, B., MEZZADRA, S. y VARELA, A. (coords.), *Pensar América Latina desde la perspectiva de la autonomía de las migraciones*, México-Madrid-Buenos Aires, Universidad Autónoma de la Ciudad de México-Traficantes de sueños-Tinta Limón, 2019.

⁵¹ MEZZADRA, S., *op. cit.*, p. 168.

⁵² CORDERO, B., MEZZADRA, S. y VARELA, A., *op. cit.*, p. 18.

⁵³ MOULIER-BOUTANG, Y., *De la esclavitud al trabajo asalariado. Economía histórica del trabajo asalariado embriado*, Madrid, Akal, 2006.

⁵⁴ CORDERO, B., MEZZADRA, S. y VARELA, A., *op. cit.*, p. 19; MEZZADRA, S., *op. cit.*, p. 161.

⁵⁵ CASTLES, S. y MILLER, M., *La era de la migración: movimientos internacionales de población en el mundo moderno*, México, Universidad Autónoma de Zacatecas, 2004. Véase también CASTLES, S., «Migración irregular: causas, tipos y dimensiones regionales», *Migración y Desarrollo*, vol. 18, 2010, núm. 15, pp. 49-80.

Esta politización progresiva del proceso migratorio ha constituido un abordaje de gestión de los flujos de la movilidad humana (*migration management*) que propicia tanto la exclusión como la «inclusión diferenciada»⁵⁶. En este sentido, se observa la combinación de dos elementos que conforman esta gestión de las migraciones: de un lado, medidas de control fronterizo⁵⁷, externalización⁵⁸, ilegalización⁵⁹, campos de detención, internamiento y deportación⁶⁰; por otro lado, la contratación selectiva de mano de obra y la regulación de la movilidad laboral⁶¹, como los diferentes contratos de migración seleccionada, o migración circular. Todo ello revela el discurso hegemónico que encausa las migraciones como un fenómeno gobernable. La teoría crítica expone la ingobernabilidad de la movilidad humana debido a la interrelación globalización-capitalismo-neoliberalismo-migración⁶². En este sentido Papastergiadis⁶³ discute el tándem Globalización-Migración para cuestionar el rol del Estado.

En el contexto globalizado, discriminar y ordenar jerárquicamente a las personas según su origen de procedencia, su ciudadanía, socava radicalmente las condiciones para la libertad humana⁶⁴. En este sentido, hay que tener presente el concepto de frontera como elemento crucial para la definición de la ciudadanía moderna ya que delimita el ser político⁶⁵. En el contexto de nuestro objeto de estudio, los migrantes regulares poseedores de los visados dorados participan como sujetos políticos incluidos diferencialmente, a diferencia de «los migrantes irregulares, que son incorporados a la comunidad política como participantes económicos, pero no se los considera “incluidos”, son excluidos inmanentes»⁶⁶. Es decir, la membresía⁶⁷ con características de ciudadanía⁶⁸.

⁵⁶ Este concepto ha sido de mucha utilidad para describir y analizar cómo la inclusión puede estar sujeta a variantes grados de subordinación, reglas, discriminación y segmentación en un ámbito o esfera determinados. Véase MEZZADRA, S. y NIELSON, B., «Fronteras de inclusión diferencial. Subjetividad y luchas en el umbral de los excesos de justicia», *Papeles del CEIC*, vol. 2, 2014, núm. 113, pp. 13-14.

⁵⁷ CORDERO, B., MEZZADRA, S. y VARELA, A., *op. cit.*; COUTIN, S., «Borderlands, Illegality and the Spaces of Non-existence», en PERRY, R. y MAURER, B. (eds.), *Globalization and Governmentalities*, USA, University of Minnesota Press, 2003, pp. 171-202.

⁵⁸ MENJÍVAR, C., «Immigration Law Beyond Borders: Externalizing and Internalizing Border Controls in an Era of Securitization», *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 10, 2014, pp. 353-369; NARANJO GIRALDO, G. E., «Desterritorialización de fronteras y externalización de políticas migratorias. Flujos migratorios irregulares y control de las fronteras exteriores en la frontera España-Marruecos», *Estudios Políticos*, 2014, núm. 45, pp. 13-32.

⁵⁹ DE GENOVA, N. y PEUTZ, N. (eds.), *The Deportation Regime: Sovereignty, Space, and the Freedom of Movement*, Durham, Duke University Press, 2010.

⁶⁰ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., «Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal: ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar?», *InDret*, vol. 3, 2009, pp. 1-45; KANSTROOM, D., «Deportation, Social Control, and Punishment: Some Thoughts about Why Hard Laws Make Bad Cases», *Harvard Law Review*, vol. 113, 2000, núm. 8, pp. 1890-1935.

⁶¹ GEORGI, F. y SCHATRAL, S., *op. cit.*, p. 205.

⁶² CORDERO, B., MEZZADRA, S. y VARELA, A., *op. cit.*, p. 13.

⁶³ PASTERGIADIS, N., *op. cit.*, pp. 39-46.

⁶⁴ GEORGI, F. y SCHATRAL, S., *op. cit.*, p. 209.

⁶⁵ MEZZADRA, S. y NIELSON, B., *op. cit.*, p. 6.

⁶⁶ MCNEVIN A., «Political Belonging in a neoliberal Era: The struggle of the Sans-papier», *Citizenship Studies*, vol. 10, 2006, núm. 2, p. 141.

(Véanse notas 67 y 68 en página siguiente)

Lo expuesto anteriormente choca con el precepto de libertad de movimiento establecido como un derecho fundamental, como un bien en sí mismo y como una condición para la libertad humana, como establece la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948⁶⁹ en su art. 13(2): «Toda persona tiene derecho a la libertad de circulación y residencia dentro de las fronteras de cada estado». En la práctica, los controles y políticas migratorias entran en conflicto con las promesas del discurso de los derechos humanos: si todos los seres humanos son libres e iguales, tienen el mismo valor y dignidad, entonces todos los privilegios que provienen de criterios arbitrarios de una persona o un grupo son indefendibles y deben ser abolidos. De ahí el rechazo a la práctica de los visados dorados desde un enfoque crítico como ejemplo manifiesto de la mercantilización de los derechos de ciudadanía «a través de la introducción de un precio fijo de entrada o de la subasta de permisos de entrada a las jurisdicciones ricas»⁷⁰.

En este contexto, la teoría crítica se basa en el argumento de que la pervivencia de un orden internacional que genera desigualdades y cualquier restricción a la libertad de movimiento global no puede justificarse porque el bien normativo de una vida digna para todos prevalece sobre casi todas las demás consideraciones que existen y que podrían justificar las restricciones a esta libre circulación de personas⁷¹. Sin embargo, la gobernanza en materia migratoria se basa en un orden internacional discriminatorio asentado en una concepción de ciudadanía que conduce a la privación jurídica para las personas migrantes⁷², los trabajadores migrados, incluyendo su categorización e ilegalización⁷³, según su situación administrativa⁷⁴; creando así una especie de «apartheid global»⁷⁵. En este cometido, Georgi y Schatral explican

⁶⁷ Engin Isin realiza una interesante genealogía sobre la ciudadanía, a lo largo de la historia. En su análisis, la ciudadanía no esta relacionada como la posesión y sí como una identidad y una práctica a través de la cual se construyen el privilegio político y la marginación. Véase ISIN, E. F., *Being Political: Genealogies of Citizenship*, Minneapolis-London, University of Minnesota Press, 2002.

⁶⁸ En este contexto también es relevante el enfoque sobre los transnacionalismos migrantes. Véase CORDERO, B., MEZZADRA, S. y VARELA, A., *op. cit.*, p. 15.

⁶⁹ Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A (III). Disponible en <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>.

⁷⁰ MEZZADRA, S. y NIELSON, B., *op. cit.*, p. 4.

⁷¹ En esta línea, Joseph Carens argumenta que: «La ciudadanía en las democracias liberales occidentales es el equivalente moderno del privilegio feudal, un estatus heredado que aumenta enormemente las oportunidades de vida de uno». Véase CARENS, J. H., «Aliens and Citizens: The Case for Open Borders», *The Review of Politics*, vol. 49, 1987, núm. 2, pp. 251-273 (p. 252).

⁷² Este argumento se aplica aún más decisivamente a las migraciones indocumentadas que son producidas y modeladas. Véase DE GENOVA, N. P., «Migrant “Illegality” and Deportability in Everyday Life», *Annual Review of Anthropology*, vol. 31, 2002, pp. 419-447 (p. 424).

⁷³ GEORGI, F. y SCHATRAL, S., *op. cit.*, pp. 210-211.

⁷⁴ CORDERO, B., MEZZADRA, S. y VARELA, A., *op. cit.*, p. 15.

⁷⁵ De acuerdo con Georgi y Schatral, «los controles migratorios y las fronteras estabilizan el sistema mundial capitalista porque regulan sus masivas desigualdades al contenerlas, violentamente, en distintos territorios espaciales [...]. Ellos están presos dentro de un sistema de “apartheid global” [...] que se materializa en las instituciones de control migratorio y fronterizo». Véase GEORGI, F. y SCHATRAL, S., *op. cit.*, p. 211.

cómo la OIM actúa como un mecanismo de gobernanza hegemónico de las migraciones que «propaga activamente y contribuye a la modernización y perfección del sistema de *apartheid* global al realizar funciones de control, expandir las capacidades estatales y racionalizar los controles con su ideología utilitaria de gestión de la migración»⁷⁶.

4. CONSIDERACIONES FINALES DESDE EL MARCO ANALÍTICO DE LA TEORÍA CRÍTICA

Como se ha explicado, el enfoque teórico adoptado responde a la posibilidad de explicar la existencia del sistema de concesión de visados dorados de acuerdo con el binomio «inclusión y exclusión»⁷⁷. El contexto migratorio presentado permite distinguir dentro de la categoría de incluidos a aquellos que tienen los recursos materiales para obtener los *Golden Visa*, mientras los demás migrantes son excluidos de estos privilegios. Estas reglas de exclusión que garantizan la membresía y control⁷⁸ sobre la movilidad humana evidencian el orden internacional que refuerza las desigualdades al mantener los privilegios y excepciones dentro del sistema migratorio, como fue expuesto en la segunda sección. En esta línea, la teoría crítica se caracteriza por la autorreflexión y la búsqueda de un proyecto autónomo capaz de cambiar las estructuras presentes en el sistema internacional actual⁷⁹. Parafraseando a Cox⁸⁰: «Los *Golden Visa* fueron hechos para un colectivo con algún interés», que son el de mantener los privilegios de aquellos que puedan pagar para facilitar su movilidad, tránsito y establecimiento en un territorio diferente del suyo. El alcance de los mismos dentro de la UE y España permite realizar dos observaciones: la primera es que están bastante extendidos y la segunda es que solamente permiten una «inclusión diferenciada», alejándose por tanto de la emancipación defendida por la teoría crítica.

De ahí que el enfoque crítico de un lado llama la atención sobre la artificialidad de la exclusión de esta categoría de los migrantes con menos recursos o «irregulares»; y de otro presenta cómo el enfoque de la autonomía de las migraciones funciona como una forma de resistencia de los migrantes no incluidos. Este contexto nos remite a las cuatro categorías de exclusión de Mark Bailey⁸¹: ontológica (relacionada con la comprensión neoliberal del sujeto como un individuo atomizado), política (dictada por el Estado neoliberal), epistemológica (subraya la hegemonía de la visión economicista sobre las ciencias sociales) y moral (al carecer de una noción prescriptiva del orden social ideal, el mercado libre representa la forma de orden social más moralmente pura y éticamente justa). Esto permite observar tanto el impacto de la progresiva politización,

⁷⁶ GEORGI, F. y SCHATRAL, S., *op. cit.*, p. 213.

⁷⁷ LINKLATER, A., *op. cit.*, 1992, pp. 81-82; SHAPCOTT, R., *op. cit.*, p. 328.

⁷⁸ LINKLATER, A., *op. cit.*, 1992, p. 82.

⁷⁹ LINKLATER, A., *op. cit.*, 2007, p. 51.

⁸⁰ COX, R. W., *op. cit.*, 1981, p. 128.

⁸¹ BAILEY, M., *op. cit.*, pp. 5-7.

como la gestión de los flujos migratorios, que operan desde una lógica dominante y mercantilizada que los *Golden Visa* ponen de manifiesto.

Las tres dimensiones de análisis sugeridas por Linklater⁸² para lograr el proyecto emancipatorio (normativa, sociológica y praxeológica) permiten observar una realidad excluyente, que puede ser modificada o sustituida. La dimensión normativa critica al Estado por considerar que el mismo promueve la división social y la exclusión. De acuerdo con Linklater, es el propio Estado, visto como una comunidad moral, el que genera relaciones de injusticia a través de barreras que cumplen la función de separar una comunidad de la otra⁸³. Esto ocurre al establecer criterios excepcionales para la concesión de residencia/ciudadanía fundamentadas en una lógica de mercado. Con ello, se promueve la desaparición de las barreras que distinguen entre «nosotros» y «ellos», con el afán de generar una sociedad más inclusiva que promueva la universalidad por encima del particularismo⁸⁴. Del mismo modo, recalca que las divisiones responden a barreras ideacionales creadas de manera artificial y que se articulan a través de las fuerzas de poder dominantes. La dimensión sociológica razona que vivimos en una comunidad ideacional, contextual y con significados intersubjetivos. Esto impacta en el modelo de Estado como institución hegemónica. El enfoque crítico sobre las migraciones permite observar la desigualdad reflejada en las categorías de migrantes y los diferentes procesos, establecidos a partir de la segregación y las facilidades ofrecidas para aquellas personas que pueden establecer un proyecto migratorio seguro en la UE a partir de la concesión de los visados dorados; en detrimento de quienes no poseen los mismos recursos⁸⁵. La praxeológica sustenta la necesidad de implementación de un proyecto emancipador fundado sobre principios éticos que reconfigure las estructuras políticas existentes. Esto conduciría a un tránsito para una sociedad con mayor apertura y más igualitaria e incluyente. Estos principios están presentes teóricamente tanto en el discurso de los Derechos Humanos, como en los principios de la UE. Sin embargo, como se expuso a lo largo de este trabajo, es necesario cambiar los patrones establecidos, como los de los visados dorados, ya que los mismos provocan un «*apartheid* en las migraciones» y con ello, se alejan de los principios de justicia, libertad e igualdad.

Este artículo ha analizado tres elementos claves de la teoría crítica⁸⁶: primero, el cuestionamiento del orden internacional que excluye y margina a diferentes grupos. Así, la división entre los que tienen acceso a los *Golden Visa* y los que no produce una estratificación social que responde a una jerarquía. Este sistema promueve contradicciones y conflictos entre los diversos gru-

⁸² LINKLATER, A., *op. cit.*, 1992, p. 82.

⁸³ *Ibid.*, pp. 84 y 97.

⁸⁴ SODUPE, K., *op. cit.*, p. 192.

⁸⁵ En esta línea sería interesante profundizar el análisis aplicando el concepto de «Aporofobia», de Adela Cortina a este marco migratorio segregacionista. Véase CORTINA, A., *Aporofobia, el rechazo al pobre*, Barcelona, Paidós, 2017.

⁸⁶ COX, R. W., *op. cit.*, 1981.

pos. Segundo, la transformación de significados intersubjetivos presentes en el contexto de las migraciones contemporáneas que construyen una estructura ética y normativa en una sociedad estratificada, creada por y para los grupos privilegiados. De ahí la importancia del enfoque de la autonomía de las migraciones como forma de confrontar y cambiar las fuerzas hegemónicas. La tercera, la transformación de las estructuras: la confrontación dialéctica provocada por el sistema de los visados dorados provoca una contradicción ética, como expresaron la Comisión (2014) y el Parlamento Europeo (2018 y 2019), que puede originar un cambio de la estructura del mercadeo de la migración al evidenciar las relaciones asimétricas de poder.

«Todos estamos, a regañadientes, por designio o rebeldía, en movimiento»⁸⁷.

RESUMEN

MOVILIDAD INTERNACIONAL Y EL MERCADEO DE LA MIGRACIÓN SEGURA A TRAVÉS DE LA TEORÍA CRÍTICA DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES

El presente artículo tiene el objetivo de analizar la migración regular que ocurre a través de los visados dorados (*Golden Visa*) a partir de la aplicación de la teoría crítica de las Relaciones internacionales (RRII). A estos efectos, se parte de la hipótesis de que los *Golden Visa* representan el binomio de inclusión y exclusión observados por la teoría crítica. Para realizar el análisis se abordará una revisión temática de literatura que busca responder a los siguientes interrogantes: ¿Qué son los *Golden Visa*? ¿Cómo los *Golden Visa* son percibidos en el marco de las migraciones contemporáneas? ¿Cómo son explicados por el enfoque crítico de las Relaciones Internacionales? Concluimos con el análisis de tres elementos claves de la teoría crítica: la contestación del orden internacional, la transformación de significados intersubjetivos y la confrontación dialéctica provocada por el sistema de los *Golden Visa*.

Palabras clave: migraciones contemporáneas, *Golden Visa*, Relaciones Internacionales, teoría crítica, inclusión-exclusión, autonomía de las migraciones.

ABSTRACT

INTERNATIONAL MOBILITY AND THE MARKET OF SAFE MIGRATION THROUGH THE CRITICAL THEORY OF INTERNATIONAL RELATIONS

This article aims to analyze the regular migration that occurs through *Golden Visa* from the application of the critical theory of International Relations (IR). The preliminary hypothesis for the study assumes that *Golden Visa* represent the binomial of inclusion and exclusion observed by critical theory. This study carries out a thematic literature review that seeks to answer the following questions: What is the *Golden Visa*? How are *Golden Visa* perceived in the context of contemporary migrations? How are they explained by critical theory? The final part delves into the three key elements of critical theory: the contestation of the liberal international order, the transformation of intersubjective meanings and the dialectical confrontation caused by the *Golden Visa* system.

Keywords: contemporary migrations, *Golden Visa*, International Relations, critical theory, inclusion-exclusion, autonomy of migrations.

⁸⁷ BAUMAN, Z., *Globalização: As consequências Humanas*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editora, 1999, p. 8.

LA POLÍTICA CONVENCIONAL DE LA UE SOBRE READMISIÓN DE INMIGRANTES IRREGULARES: UNA COOPERACIÓN OPACA Y CON IMPLICACIONES GRAVES PARA LOS DERECHOS HUMANOS

Eva Díez PERALTA*

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES PREVIAS.—2. LA COOPERACIÓN CONVENCIONAL DE CARÁCTER FORMAL EN MATERIA DE READMISIÓN.—3. LA TENDENCIA HACIA LA INFORMALIZACIÓN DE LA POLÍTICA DE READMISIÓN: LOS MECANISMOS PRÁCTICOS DE RETORNO.—4. LA REVISIÓN DE LA POLÍTICA DE READMISIÓN DESDE LA ÓPTICA DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.—4.1. La negociación de los acuerdos.—4.2. La decisión de retorno y la garantía del principio de no devolución.—4.3. La ausencia de un mecanismo posretorno.—5. REFLEXIONES FINALES.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Desde hace algún tiempo, la política de readmisión y de retorno se ha convertido en un componente fundamental de la lucha contra la inmigración irregular en la Unión Europea (UE), y, sobre todo, en una pieza indispensable del instrumental jurídico y político que la Agenda Europea de Migración afianzó en plena gestión de la llamada crisis de los refugiados¹.

Sin embargo, no pocos Estados terceros han mostrado cierta resistencia a readmitir a sus propios nacionales, a pesar de la obligación internacional vigente a este respecto². Y muchas más reticencias encuentra la readmisión

* Profesora Titular de Derecho Internacional Público de la Universidad de Almería (emdiez@ual.es). Todas las páginas web de referencia han sido consultadas por última vez el 12 de mayo de 2021. Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación FEDER-UAL, *Control de Fronteras y Derechos Humanos en el Mediterráneo*, con referencia UAL18-SEJ-C004-B.

¹ Véanse «Agenda Europea de Migración», COM (2015) 240 final, de 13 de mayo de 2015, pp. 11-12; «Marco de Asociación con terceros países en el marco de la Agenda Europea de Migración», COM (2016) 385 final, de 7 de junio de 2016, pp. 7-9.

² Véase, ampliamente, CARRERA, S., *Implementation of EU Readmission Agreements. Identity, Determination Dilemmas and the Blurring of Rights*, Springer Briefs in Law, Switzerland, Springer International Publishers, 2016.

de aquellos nacionales de terceros países que han entrado en la UE por el territorio del socio exterior en cuestión, o país de tránsito. Otras razones de que no se produzcan retornos, de orden más práctico, están relacionadas con la identificación de los retornados y la obtención de la documentación necesaria de las autoridades de terceros países³. Así, solo un tercio de las personas a las que se ordena regresar lo hacen efectivamente⁴. Con todo, la pandemia de covid-19 ha mantenido a la baja los índices de retorno como consecuencia de las restricciones de viaje, el cierre de fronteras y la disminución de la capacidad de emitir documentos de retorno, de forma que en septiembre de 2020 las repatriaciones no habían alcanzado los niveles anteriores a la crisis sanitaria⁵.

Lo cierto es que los actuales retos migratorios estimulan una cooperación más estrecha con los socios exteriores, a los fines de garantizar la readmisión de sus propios nacionales o los de tránsito. La dimensión exterior de la política de retorno es un elemento clave para obtener un mayor grado de eficacia y previsibilidad en este terreno. En particular, los acuerdos de readmisión firmados entre la UE y los países de origen y de tránsito se erigen en los instrumentos que mejor corresponden a una política migratoria bien gestionada. Este es el argumento repetido en los últimos años, si bien hay que reconocer que estos acuerdos revelan, además, la propensión a externalizar el control de las migraciones⁶.

Este trabajo plantea como objetivo general una reflexión sobre la transparencia y eficacia de la cooperación de la UE con terceros países en materia de retorno y readmisión, y su difícil encaje en la cultura del Estado de Derecho y de los derechos humanos. La Comisión Europea se obstina en medir cuantitativamente la eficacia de los retornos, con arreglo principalmente a la relación entre el número de órdenes de expulsión dictadas y las tasas de devolución efectivas. Sin embargo, como apunta el Parlamento Europeo, la eficacia de los retornos también se debe evaluar en función de su sostenibilidad y de la aplicación de las garantías de los derechos fundamentales⁷.

³ Véase *Good practices in the return and reintegration of irregular migrants: Member States' entry bans policy and the use of readmission agreements between Member State and third country, A Study from the European Migration Network*, 2014, en https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/default/files/what-we-do/networks/european_migration_network/reports/docs/emn-studies/emn_study_reentry_bans_and_readmission_agreements_final_december_2014.pdf.

⁴ Desde 2015 el número de decisiones de retorno ejecutadas ha ido disminuyendo. En 2019, en la UE de 27 Estados, los Estados miembros emitieron un total de 491.195 decisiones de retorno, frente a las 426.255 órdenes de retorno emitidas en 2016; sin embargo, en ese mismo año, 142.320 personas fueron efectivamente retornadas, frente a las 192.460 personas retornadas en 2016. Cfr. EUROSTAT, *Third country nationals returned following an order to leave - annual data (rounded)*.

⁵ EUROPEAN COMMISSION, *Inform 5 - Impact of Covid-19 pandemic on voluntary and forced return procedures and policy responses*. Series of EMN-OCDE informs on the impact of Covid-19 in the migration area, European Migration Network, 2021.

⁶ BROUWER, E., «Extraterritorial Migration Control and Human Rights: Preserving the responsibility of the EU and its Member States», en RYAN, B. y MITSILEGAS, V. (eds.), *Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges*, Leiden, Brill, 2010, pp. 199-228, esp. p. 210.

⁷ Resolución del Parlamento Europeo de 17 de diciembre de 2020, sobre la aplicación de la Directiva de Retorno. Texto aprobado P9_TA (2020)0362, apdo. 6.

Por tanto, este análisis se propone dar cuenta de los acuerdos europeos de readmisión formalmente celebrados con países terceros (ARUE), teniendo presente que los Estados miembros siguen desplegando una considerable acción exterior en el plano bilateral en materia migratoria a través, entre otros, de la firma y aplicación de sus propios acuerdos bilaterales de readmisión. Tras esta exposición se abordarán, en segundo lugar, los principales problemas de fondo que plantea la informalización que está adquiriendo la política de readmisión, especialmente en el plano comunitario. Estas líneas finalizarán con una revisión crítica de la política convencional en materia de readmisión con terceros países desde la perspectiva de los derechos humanos, a las que seguirán unas reflexiones finales.

El debate podrá verse avivado por los eventuales desarrollos que se alcancen en el marco del Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo, presentado por la Comisión el 23 de septiembre de 2020. Las propuestas que se debaten, de un lado, conducen a la consolidación de un sistema común de retorno dentro de la UE; y, de otro lado, persiguen forjar *unas asociaciones de migración globales, equilibradas, adaptadas y mutuamente beneficiosas* con países no pertenecientes a la UE, en las que la política convencional de readmisión va a adquirir un valor importante⁸.

Recientemente, la Comisión ha realizado un balance de la política de retorno a partir de la primera evaluación anual de la cooperación en materia de readmisión realizada al amparo del flamante art. 25 bis del Código Europeo de Visados⁹. Con respecto a las constataciones hechas por la Comisión en lo relativo a la cooperación con terceros socios relevantes, se advierte que el documento solo recoge las principales conclusiones, ya que la evaluación completa es un documento de carácter restringido que se ha trasladado al Consejo para proseguir un debate más técnico, que incluirá a los Estados miembros y los países socios.

2. LA COOPERACIÓN CONVENCIONAL DE CARÁCTER FORMAL EN MATERIA DE READMISIÓN

Un cambio decisivo en la gestión de los flujos migratorios y la lucha contra la inmigración clandestina lo representa la firma de acuerdos de readmisión,

⁸ COM (2020) 609 final. Véanse la propuesta de modificación de la Directiva de Retorno, COM (2018) 634 final, de 12 de septiembre de 2018, o la Estrategia de la UE sobre retorno voluntario y reintegración, COM (2021) 120 final, de 27 de abril de 2021. Por su parte, un análisis sobre la cooperación con terceros países en el marco del Nuevo Pacto puede verse en GARCÍA ANDRADE, P., *EU cooperation on migration with partner countries within the New Pact: news instruments for a new paradigm?*, diciembre de 2020. Disponible en <https://eumigrationlawblog.eu/eu-cooperation-on-migration-with-partner-countries-within-the-new-pact-new-instruments-for-a-new-paradigm/>.

⁹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, «El refuerzo de la cooperación en materia de retorno y readmisión como parte de una política migratoria de la UE justa, efectiva y general», COM (2021) 56 final, de 10 de febrero de 2021. El Reglamento 2019/1155, de 20 de junio, está publicado en el DO L 188, de 12 de julio de 2019.

con base jurídica en el art. 79.3 TFUE. Estos acuerdos constituyen un compromiso de cooperación recíproca entre la UE y sus socios exteriores, con el fin de retornar a sus Estados de origen o de procedencia a los nacionales de terceros países, o nacionales de terceros países en tránsito y apátridas, que no cumplan o que hayan dejado de cumplir las condiciones de entrada, presencia o residencia en el territorio de uno de los Estados miembros¹⁰.

Entre 2004 y 2020 la Comisión Europea ha sido autorizada para negociar 23 acuerdos de readmisión, de los que 18 están ya en vigor¹¹. Entretanto, continúan las negociaciones con otros cinco países: Argelia, China, Marruecos, Nigeria y Túnez. Entre los criterios que determinan la conclusión de dichos acuerdos se han citado la presión de la inmigración sobre la UE, la coherencia regional y la proximidad geográfica¹². Nada se dice, sin embargo, acerca de la vigencia en los países socios de un marco jurídico sólido que asegure el respeto de los derechos fundamentales de las personas retornadas.

Los acuerdos de readmisión presentan una estructura estándar por lo que se refiere a sus contenidos esenciales, si bien puede haber disparidades en lo relativo a los ritmos de implantación de ciertas disposiciones. Así, las obligaciones de readmisión se establecen bajo el paraguas de la reciprocidad, y se extienden a los propios nacionales, a los nacionales de terceros países y a los apátridas. Pero, sin duda, la mayor aportación de los acuerdos viene dada por la incorporación de un capítulo que atiende a las obligaciones de tránsito, con vistas a facilitar la devolución de nacionales de terceros países a Estados vecinos de las Partes contratantes, y siempre que concurren dos condiciones, a saber: que la persona no haya podido ser devuelta directamente al Estado de destino, y que quede garantizada la continuación del viaje y la readmisión por el Estado de destino. También prevén la celebración de un Protocolo de aplicación bilateral entre los Estados miembros y los terceros países, sin perjuicio de la aplicabilidad directa de los ARUE.

Desde la regulación del Tratado de Lisboa, el papel del Parlamento Europeo es extremadamente importante en el proceso de conclusión del acuerdo. Sin embargo, hay serias dudas respecto a su información inmediata y completa en todas las etapas del procedimiento, un rol que ahora le confiere el art. 218.10 TFUE¹³.

¹⁰ NAVARRO BATISTA, N., «Inmigración irregular y relaciones exteriores de la UE: los acuerdos de readmisión», en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coord.), *La dimensión exterior del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia*, Iustel, 2012, pp. 125-172.

¹¹ Se trata de los acuerdos celebrados con Hong Kong, Macao, Sri Lanka, Albania, Rusia, Ucrania, República de Macedonia del Norte, Bosnia y Herzegovina, Montenegro, Serbia, Moldavia, Pakistán, Georgia, Armenia, Azerbaiyán, Turquía, Cabo Verde y Bielorrusia. Consúltense en https://extranjeros.inclusion.gob.es/es/normativa/union_europea/decisiones/acuerdos_readmision/index.html.

¹² COMISIÓN EUROPEA, «Libro Verde relativo a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales», COM (2002) 175 final, de 10 de abril de 2002.

¹³ LAGRAND, T. E., «European Union's Readmission Policy in the Post-Stockholm Programme Era», en GOUDAPPEL, F. A. y HIRSCH BALLIN, E. M. H. (eds.), *Democracy and Rule of Law in the European Union*, La Haya, Asser Press, 2016, pp. 177-189, esp. p. 183.

Por otro lado, no está resultando sencillo avanzar en las negociaciones destinadas a celebrar acuerdos formales de readmisión. Y es que la readmisión no solo puede ser ventajosa para la UE, sino que hay que adoptar medidas adicionales o complementarias que tengan en cuenta los intereses de los socios. De esta forma, la readmisión se debe integrar en el contexto más amplio de la cooperación general con terceros países, como se desprende de las conclusiones del Consejo Europeo, de 18 de octubre de 2018, donde se reconocía la necesidad de «crear y aplicar los estímulos necesarios utilizando todas las políticas, herramientas e instrumentos de la UE pertinentes, también los relativos al desarrollo, el comercio y los visados»¹⁴.

Exponentes de ello son los vínculos establecidos entre la cooperación en materia de readmisión y la expedición o facilitación de visados¹⁵. Si bien tras la reforma del Código de Visados, se ha abierto la puerta a la combinación de incentivos positivos y negativos, puesto que existe la posibilidad de adoptar medidas restrictivas contra terceros Estados que no cooperen suficientemente en el proceso de retorno, como señala el nuevo art. 25 bis.

De igual forma, las recompensas financieras, particularmente las derivadas del Fondo de Emergencia para África, adquieren una notable relevancia, en vista de que los regresos masivos presentan un serio desafío al modelo social y económico de estos países por lo que supone de pérdidas de ingresos¹⁶. Tampoco se puede desligar la readmisión del apoyo a la reintegración de estas personas en sus países de origen¹⁷.

Empero, la política convencional de readmisión avanza a un ritmo mucho menor del proyectado con algunos socios prioritarios. Marruecos es un ejemplo paradigmático. La concertación de una Asociación por la Movilidad establecía un marco político de cooperación que incluía un compromiso general de iniciar negociaciones de un acuerdo de readmisión de inmigrantes irregulares, que corría paralelo a la firma de un acuerdo de facilitación de visados¹⁸. Aunque las directrices de negociación se recibieron en 2000, y se han celebrado una decena de rondas de negociaciones, existen escasas perspectivas de alcanzar un acuerdo. Este país tiene un profundo motivo para resistirse a su celebración: se opone a una cláusula relativa a la readmisión de nacionales de terceros países que hayan transitado por el territorio marroquí¹⁹. Y, según la Comisión, «poco valor añadido tendría un acuerdo de read-

¹⁴ EUCO 13/18. Apdo. 5.

¹⁵ Así, a modo de ejemplo, el acuerdo de facilitación de visados concluido con Georgia está publicado en el *DO* L 52, de 25 de febrero de 2012, y en la p. 45 de este mismo *DO* se publicó el acuerdo de readmisión.

¹⁶ Véase VIZELAC, A., *Returns at what cost. The Challenges of placing readmissions at the heart of the EU migration policies*, Clingendael-Netherlands Institute of International Relations, Policy Brief, junio de 2019.

¹⁷ Véase COM (2021) 120 final, cit. en nota 9.

¹⁸ Déclaration conjointe pour le Partenariat de Mobilité entre le Royaume du Maroc, l'Union Européenne et ses États membres, 7 de junio de 2013.

¹⁹ CARRERA, S., CASSARINO, J.-P., EL QADIM, N., LAHLOU, M. y DEN HERTOEG, L., *EU-Morocco Cooperation on Readmission, Borders and Protection: A model to follow?* CEPS paper in Liberty and Security in Europe, enero de 2016, núm. 87, p. 6.

misión que no incorporara tal cláusula»²⁰. También ha solicitado de forma insistente un paquete de medidas destinadas a la construcción de canales de migración legal, sin que la UE haya accedido a sus pretensiones. En cualquier caso, la inexistencia formal de este acuerdo no ha impedido reforzar la cooperación con este país en un ámbito de interés común: el control y la gestión de las fronteras.

Por último, para respetar las dimensiones de este trabajo hay dos cuestiones que no se abordarán en profundidad, pero que conviene reseñar. En primer lugar, algunos países pueden cooperar en la readmisión (solo) de sus nacionales con arreglo a las *cláusulas de habilitación* que se incorporaron en los acuerdos de asociación y de cooperación que se han venido celebrando desde finales del pasado siglo. Prueba de ello son los arts. 74 y 75 del flamante acuerdo rubricado, el 15 de abril de 2021, entre la UE y los miembros de la Organización de los Estados de África, el Caribe y el Pacífico (anteriormente grupo ACP)²¹.

Tal como dijimos, también es reseñable la convivencia en este terreno de un marco bilateral y un marco comunitario, dada la vigencia de acuerdos bilaterales de readmisión celebrados entre los Estados miembros de la UE y países terceros con los que, habitualmente, los socios europeos mantienen relaciones privilegiadas por tratarse de socios naturales, relevantes, en la configuración de la política nacional migratoria, que incluso movilizan recursos de la UE para su implementación. Tal sería el caso del acuerdo de readmisión entre España y Marruecos, o de los recientes compromisos asumidos entre España y Senegal en el marco de una Declaración conjunta sobre la lucha contra la inmigración irregular²². Pero, parece evidente, que la eficacia de la política convencional de retorno pasa por que los acuerdos bilaterales de la Unión prevalezcan sobre los acuerdos bilaterales de los Estados miembros.

De forma paralela a las negociaciones formales, o bien cuando estas negociaciones no avanzan como se esperaba, la UE ha puesto el acento en la mejora de *la cooperación práctica*, como veremos seguidamente.

3. LA TENDENCIA HACIA LA INFORMALIZACIÓN DE LA POLÍTICA DE READMISIÓN: LOS MECANISMOS PRÁCTICOS DE RETORNO

El análisis de la política convencional de readmisión no se limita al campo de estudio de los acuerdos formalmente celebrados por la UE y terceros Estados. Un trabajo de estas características requiere explorar, al menos de

²⁰ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, «Evaluación de los acuerdos de readmisión de la Unión Europea», COM (2011) 76 final, de 23 de febrero de 2011, p. 9.

²¹ Texto disponible en https://ec.europa.eu/international-partnerships/system/files/negotiated-agreement-text-initialled-by-eu-oacps-chief-negotiators-20210415_en.pdf.

²² Véase la Declaración conjunta con motivo de la reciente visita del presidente del Gobierno de España a Senegal, los días 8 y 9 de abril de 2021. Disponible en <https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/Declaracio%CC%81n%20conjunta%20Espa%C3%B1a-Senegal.pdf>.

forma general, otras muchas vías expansivas de cooperación en este terreno²³. Cuestión diferente es la valoración que se haga de la dificultad de evaluar la política de readmisión con terceros países tras la aparición de estas zonas grises u opacas protagonizadas por los nuevos acuerdos, mecanismos o soluciones prácticos de retorno —en ocasiones, llamados procedimientos operativos normalizados—, que se adoptan en el marco de diálogos políticos y otras agendas sobre migración de la UE, como reflejan algunos documentos de trabajo de la Comisión²⁴. Estos mecanismos no solo cubren el retorno o readmisión, sino que en la mayoría de los casos suelen ir acompañados de apoyo financiero y operativo en materia de control y gestión de las fronteras, y de lucha contra la trata de seres humanos.

Como ejemplos de estos arreglos se citan los celebrados con Afganistán, Bangladesh, Costa de Marfil, Etiopía, Gambia y Ghana²⁵. Se trata de países de origen y/o de tránsito que presentan tasas de retorno muy bajas y un número creciente de llegadas irregulares a la UE; y dos de ellos figuran entre las principales nacionalidades de países de África occidental que llegan a España²⁶. No obstante, están en curso conversaciones para establecer un nivel similar de cooperación con países con los que aún no se ha logrado alcanzar un ARUE, tales como Túnez y Nigeria²⁷. Y, es más, en el texto normativo de los ARUE se contempla la posibilidad de cooperar sobre la base de otras disposiciones oficiales o *acuerdos informales*²⁸.

Cabe sostener que estas nuevas fórmulas de cooperación en materia de readmisión plantean en sí una lista de problemas, que no se pueden pasar

²³ En expresión de CARRERA, S., nota 2, *op. cit.*, p. 45. Conviene recordar que ya en el Enfoque Global de la Migración y la Movilidad se hablaba de la utilización de *marcos alternativos de cooperación*, COM (2011) 743 final, de 18 de noviembre de 2011, pp. 10-13.

²⁴ Véanse el «Informe de situación sobre la aplicación de la Agenda Europea de Migración», COM (2018) 301 final, de 16 de mayo de 2018, p. 17; «Informe de situación sobre la aplicación de la Agenda Europea de Migración», COM (2019) 481 final, de 16 de diciembre de 2019, p. 2. También el «Marco de Asociación con terceros países en el contexto de la Agenda Europea de Migración», *cit.*, nota 1, p. 8.

²⁵ La UE y Etiopía firmaron, en noviembre de 2015, un *Programa Común de Movilidad y Migración*, al tratarse de un país de origen, tránsito y destino de los migrantes procedentes del Cuerno de África en su ruta hacia Europa. Si bien no incluye la negociación de acuerdos de readmisión, sí contempla la gestión de la migración mixta, incluida la gestión de la migración irregular. En el caso de Afganistán, se ha celebrado un acuerdo de carácter informal denominado *Acción conjunta para el futuro entre Afganistán y la UE sobre cuestiones relativas a la migración*, el 2 de octubre de 2016, https://eeas.europa.eu/sites/default/files/eu_afghanistan_joint_way_forward_on_migration_issues.pdf. En relación con Bangladesh, puede verse *EU-Bangladesh Standard Operating Procedures for the Identification and Return of Persons without an Authorisation to Stay*, que figura como anexo en el documento COM (2017) 6137 final, de 8 de septiembre de 2017. En los casos de Costa de Marfil, Ghana y Guinea solo se ha podido constatar que se han adoptado algunas medidas que desarrollan acciones comunes y estrategias conjuntas, también para hacer frente a los retornos en el «Cuarto informe de situación sobre el Marco de Asociación con terceros países en el contexto de la Agenda Europea de Migración», COM (2017) 350 final, de 13 de junio de 2017, p. 12.

²⁶ Informe de situación sobre la aplicación de la Agenda Europea de Migración, COM (2019) 126 final, de 6 de marzo de 2019, p. 3.

²⁷ Informe de situación sobre la aplicación de la Agenda Europea de Migración correspondiente a 2018, *cit.* nota 24, p. 17, nota 40.

²⁸ Sirva como ejemplo el art. 18.3 del acuerdo de readmisión firmado con Rusia.

por alto. Podríamos comenzar por señalar que estos marcos o fórmulas de cooperación atípicos y flexibles son acuerdos de carácter político u operativo que no tienen valor vinculante, y que se concluyen a través de métodos de negociación informales, acelerados y secretos, al margen del procedimiento formal de celebración de tratados internacionales previsto en el art. 218 TFUE, y sin que existan evidencias de los textos de estos acuerdos en el *DOUE*²⁹. Por consiguiente, estos mecanismos escapan tanto al control democrático que ejerce el Parlamento Europeo en el marco del procedimiento legislativo ordinario, como a una eventual fiscalización por el TJUE, con carácter previo a su entrada en vigor o en una etapa posterior. De igual forma, la UE renuncia a aplicar los principios de equilibrio institucional, cooperación leal y transparencia, que son vectores cardinales del proceso de integración europea, y con ello compromete la credibilidad interna e internacional de su política convencional de readmisión³⁰. No en vano, se ha señalado que el proceso de informalización de la política de readmisión contrasta con el proceso de europeización de esta política sancionado por el Tratado de Lisboa³¹.

También es conveniente señalar la dudosa eficacia de estos pactos, pues no hay garantías de seguimiento eficaz, ni de rendición de cuentas, ni de determinación de responsabilidades, a pesar de que la Comisión suele hacer gala de su cumplimiento satisfactorio. De otro lado, se cercena la posibilidad de incorporar, en todos y cada uno de estos arreglos, mecanismos de control del cumplimiento de sus disposiciones, así como de establecer estándares de protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales³².

Resulta evidente, por lo demás, que el interés de los socios exteriores por celebrar acuerdos formales de readmisión con la UE decrecerá de forma drástica, dada la oportunidad que brinda la conclusión de acuerdos informales que no dañan su imagen pública.

4. LA REVISIÓN DE LA POLÍTICA DE READMISIÓN DESDE LA ÓPTICA DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los acuerdos de readmisión, así como las fórmulas informales de cooperación con terceros países, suscitan preocupaciones desde la óptica de los derechos humanos. Los problemas se pueden situar en tres momentos distintos: de un lado, en el momento de la negociación de los acuerdos; de otro, en el de la adopción de la decisión de devolución de una persona en virtud de estos acuerdos; y, una vez que la devolución se ha ejecutado, en el seguimien-

²⁹ POLI, S., «The Integration of Migration Concerns into EU External Policies: Instruments, Techniques and Legal Problems», *European Papers*, vol. 5, 2020, núm. 1, pp. 71-94, esp. p. 80.

³⁰ Véase ampliamente SANTOS VARA, J., *La dimensión exterior de las políticas de inmigración de la UE en tiempos de crisis*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

³¹ CORTINOVIS, R., *Migration EU Return Policy*, Discussion Brief, Research Social Platform on Migration and Asylum, julio de 2018, p. 10.

³² En esta línea, CASSARINO, J.-P. y GIUFFÉ, M., «Finding its Place in Africa: Why has the EU opted for flexible arrangements on readmission», *FMU Policy Brief*, núm. 01/2017, p. 4.

to de la situación en que se encuentran las personas retornadas fuera ya del territorio europeo.

4.1. La negociación de los acuerdos

Con carácter general, se ha planteado la necesidad de que la UE examine el historial de derechos humanos del país con el que está negociando un acuerdo de readmisión para garantizar un regreso seguro de los repatriados³³, o al menos que evalúe el posible impacto en sus derechos básicos³⁴. En este sentido, la garantía de que el país de readmisión cumpla con las obligaciones derivadas de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y de su Protocolo de 1967, y, en su caso, de la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950, es una condición esencial para desarrollar una política convencional de readmisión reverente no solo con los estándares internacionales de protección de los derechos humanos, sino también con los propios valores europeos. Sin embargo, no parece ser este un criterio de selección de los países con los que se celebra un acuerdo de readmisión, en la medida en que algunos socios externos no están vinculados por las mismas obligaciones en materia de derechos humanos que los Estados miembros. Así, Hong Kong, Macao, Sri Lanka y Paquistán no han suscrito la Convención de Ginebra; mientras que Turquía formuló una reserva que encierra una limitación geográfica, de manera que la protección conferida por este Estado afecta a individuos europeos y no de otra parte.

La forma que tiene la UE de integrar salvaguardias de derechos humanos en los ARUE ha sido mediante la incorporación de *cláusulas de compatibilidad*, también llamadas *cláusulas de no incidencia o de no afectación*, cuyo contenido muestra una clara evolución y varía de país a país. En unos casos, los acuerdos contemplan una cláusula que, mediante una fórmula amplia y genérica, vaticina la compatibilidad de la aplicación de sus disposiciones con otros derechos, obligaciones y responsabilidades derivados del Derecho internacional³⁵. En otro supuesto, este tipo de cláusula concreta que esos derechos, obligaciones y responsabilidades derivadas del Derecho internacional son los contemplados en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos de 1950, y en el Convenio de 28 de julio de 1951 y el Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, así como en los instrumentos internacionales relativos a la extradición³⁶. Los restantes acuerdos, vigentes entre 2008 y 2020, se han decantado por la incorporación de una disposición

³³ ARENAS HIDALGO, N., «El Acuerdo europeo de readmisión de inmigrantes en situación irregular con Pakistán. Punto de inflexión o huida hacia delante», *Revista General de Derecho Europeo*, 2011, núm. 24, pp. 1-40, esp. p. 39.

³⁴ Véase Opinión minoritaria presentada por Tineke Strik, en nombre del grupo Verts/ALE, en la Comisión LIBE en su informe sobre la celebración del acuerdo con Bielorrusia. Ref. A9-0097/2020.

³⁵ Así ocurrió en el caso de los primeros acuerdos celebrados con Hong Kong, Macao y Sri Lanka, y luego se reprodujo este tipo de cláusula en los acuerdos celebrados con Ucrania, Armenia y Pakistán.

³⁶ Este es el caso del acuerdo celebrado con Albania.

que contiene un elenco más amplio de instrumentos legales en materia de derechos fundamentales, si bien los textos internacionales de referencia pueden cambiar algo de un acuerdo a otro. En todo caso, no pasan desapercibidos los acuerdos celebrados con Azerbaiyán y Bielorrusia que, junto a una cláusula de compatibilidad genérica (la primera de las citadas), incorporan un art. 2 que eleva a la condición de principios fundamentales del acuerdo un elenco de textos internacionales sobre derechos humanos y libertades fundamentales³⁷.

Es evidente que el Parlamento Europeo ha mostrado un interés creciente en torno a las claras y graves deficiencias en el respeto de los derechos humanos de ciertos países contratantes de un ARUE, aunque esta circunstancia no le ha impedido dar su aprobación a la conclusión de los correspondientes acuerdos³⁸. Tal fue el caso principalmente del acuerdo celebrado con Pakistán, un país que, como habíamos indicado, no había firmado la Convención del Estatuto de los Refugiados³⁹. En nuestros días, esta institución ha concedido su aprobación a la celebración del ARUE con Bielorrusia, y sin embargo no ha dejado de reconocer la falta de compromiso de este país con la democracia y los valores fundamentales⁴⁰. Así, con el vecino oriental se pone de manifiesto la tensión entre la condicionalidad política y una cooperación pragmática en áreas sectoriales como la gestión de las fronteras⁴¹.

Hay que subrayar, como imprescindible y urgente, la incorporación en los futuros ARUE de una cláusula que contemple una condición suspensiva que supedite la continuidad de la cooperación al retorno seguro y a una protección suficiente de los derechos de las personas retornadas. Una disposición de esta naturaleza ofrecería un rudimento más convincente de que los derechos humanos de los migrantes en los países de origen, de tránsito y de destino ocupan un lugar central en la agenda de readmisión de la UE⁴².

4.2. La decisión de retorno y la garantía del principio de no devolución

La práctica de los Estados desarrollada al amparo de la aplicación de un acuerdo de readmisión debe llevarse a cabo de conformidad con la norma-

³⁷ Aluden a la DUDH de 1948, la CEDH de 1950, el PIDCP de 1966, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1964, y la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984.

³⁸ RESLOW, N., «Human Rights, domestic politics, and informal agreements: parliamentary challenges to international cooperation on migration management», *Australian Journal of International Affairs*, 2019, 73:6, pp. 546-563, esp. p. 555.

³⁹ Los argumentos del PE pueden verse en el trabajo de ARENAS HIDALGO, *op. cit.*, nota 33.

⁴⁰ Véase la exposición de motivos de la Recomendación A9-0097/2020, de 4 de mayo de 2020, p. 6.

⁴¹ YAKOUCHYK, K. y SCHMID, A. M., «EU-Belarus Cooperation in Border Management: Mechanisms and Forms of Norm Transfer», en BOSSONG, R. y CARRAPICO, H. (eds.), *EU Borders and Shifting Internal Security. Technology, Externalization and Accountability*, Springer, 2016, pp. 121-134, esp. p. 134.

⁴² SUNDBERG DíEZ, O., *Diminishing safeguards, increasing returns: Non-refoulement gaps in the EU return and readmission system*, Discussion Paper, European Migration and Diversity Programme European Policy Centre, 4 de octubre de 2019, p. 14.

tiva secundaria de la UE, y particularmente con las garantías previstas en la Directivas sobre retorno y la Directiva sobre el procedimiento de asilo, atendiendo, en su caso, a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia recaída sobre estas normas⁴³.

Pues bien, con arreglo al art. 5 de la Directiva 2008/115, cuando la autoridad nacional competente tenga intención de adoptar una decisión de retorno, deberá velar en particular por que se respete el principio de no devolución, que es uno de los principios informadores del sistema europeo de asilo⁴⁴. La importancia de esta consideración es sustancial toda vez que el procedimiento de retorno puede afectar también a nacionales de terceros países cuya solicitud de protección internacional ha sido denegada. A grandes rasgos, la expulsión de un solicitante de asilo a través de un procedimiento de readmisión que le niega la posibilidad de una revisión individual de su caso, supone una infracción del Derecho internacional y, particularmente, del principio de no devolución⁴⁵. Lógicamente, la persona que ha solicitado protección internacional puede permanecer en el territorio del Estado miembro hasta que se adopte una decisión definitiva sobre la solicitud, como ha tenido ocasión de poner de relieve el TJUE⁴⁶.

De otro lado, por lo que atañe a los menores no acompañados, el Tribunal de Justicia ha sostenido recientemente que, teniendo en cuenta el interés superior del niño y sin distinguir el criterio de la edad, el Estado miembro está obligado a comprobar que en el Estado de retorno se puede ofrecer una acogida adecuada⁴⁷, puesto que en caso contrario el menor no puede ser objeto de una decisión de retorno.

En este contexto, la evaluación de que el Estado tercero es un «país seguro» corresponde pues a los Estados miembros, operación que debe tener lugar con carácter previo a la decisión de retorno⁴⁸. Y esto ha de ponerse en relación con el art. 39.2 de la Directiva de Asilo, que contempla que un socio exterior solo podrá ser considerado tercer país seguro si: *a)* ha ratificado la Convención de Ginebra sin restricciones geográficas y observa sus disposiciones; *b)* cuenta

⁴³ Directiva 2008/115/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre, relativa a normas y procedimientos comunes a los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, *DO* L 348, de 24 de diciembre de 2008; Directiva 2013/32/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, *DO* L 180, de 29 de junio de 2013.

⁴⁴ Una revisión crítica y actualizada de este sistema puede verse en ABRISKETA URIARTE, J., *Rescate en el mar y asilo en la Unión Europea. Límites del Reglamento de Dublín III*, Pamplona, Aranzadi, 2020.

⁴⁵ RAIS, M., «Los acuerdos de readmisión de la Unión Europea», *Revista de Migraciones Forzadas*, núm. 51, 2016, pp. 45-46, esp. p. 45.

⁴⁶ En esta línea véase el Auto del TJUE (Sala 1.^a), de 5 de julio de 2018, asunto C-269/18, PPU, *CJS c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, ECLI:EU:C:2018:544, apdo. 55.

⁴⁷ TJUE, Sala 1.^a, de 14 de enero de 2021, asunto C-441/19, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Retour d'un mineur non accompagné)*. Aún no publicada en la recopilación.

⁴⁸ La Comisión propone una lista común de países seguros, de carácter meramente orientativa, que incluye además las diversas listas de países seguros elaboradas por algunos de los Estados miembros, en https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/default/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/background-information/docs/2_eu_safe_countries_of_origin_es.pdf.

con un procedimiento de asilo prescrito por ley, y c) ha ratificado el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales y cumple sus disposiciones, incluidas las normas relativas al recurso efectivo. Por su parte, la Agencia de los Derechos Fundamentales de la UE propone de forma clara y certera que los responsables estatales lleven a cabo una evaluación rigurosa y actualizada de la accesibilidad y el funcionamiento del sistema de asilo del país receptor y las salvaguardias en la práctica⁴⁹.

Y particularmente inadecuados se consideran los trámites acelerados en la región fronteriza del Estado requirente después de cruzar ilegalmente la frontera, puesto que reducen considerablemente el plazo para presentar una solicitud de readmisión⁵⁰.

No admite pues discusión que nadie debe ser devuelto en virtud de un acuerdo de readmisión si ello implica el riesgo de que la persona afectada sea objeto de persecución, tortura o castigos inhumanos o degradantes, como proscribió el art. 19 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, o como prohíben las *cláusulas de país seguro* que figuran en todos los ARUE en orden a limitar el tránsito de nacionales de terceros países o de apátridas. De ahí que haya que recordar la sentencia histórica, de 23 de febrero de 2012, en el asunto *Hirsi Jamaa e.a. c. Italia*, en la que el TEDH señaló que «siempre que se demuestre la existencia de motivos sustantivos para creer que el individuo en cuestión, si fuera expulsado, estaría expuesto a un riesgo real de ser sometido a tratos contrarios al art. 3 en el país receptor», existe «la obligación de no expulsar al individuo a ese país»⁵¹.

En otro orden de cuestiones, la Guardia Europea de Fronteras y Costas, tras la última revisión de su mandato, ha visto ampliadas sus tareas en el marco de las operaciones de retorno, y se la ha dotado de las capacidades necesarias a partir de la creación de un cuerpo permanente que incluirá una dotación de especialistas en retorno⁵². Pero al tiempo que aumentan las competencias de la Agencia arrecian las críticas sobre sus actuaciones, y se enfrenta a acusaciones graves relativas a violaciones de derechos fundamentales por practicar devoluciones automáticas a solicitantes de asilo⁵³.

4.3. La ausencia de un mecanismo posretorno

Nadie discute la ausencia de garantías procedimentales explícitas que permitan asegurar que los retornos de personas en situación irregular hacia los

⁴⁹ FRA, «Fundamental Rights of refugees, asylum applicants and migrants at the European borders», de 27 de marzo de 2020. En <https://fra.europa.eu/en/publication/2020/fundamental-rights-refugees-asylum-applicants-and-migrants-european-borders>.

⁵⁰ Véase, por citar un ejemplo, el art. 7 del Acuerdo celebrado con Bielorrusia.

⁵¹ TEDH (Gran Sala), Sentencia de 23 de febrero de 2012, demanda núm. 27765/09, apdo. 114.

⁵² Reglamento (UE) 2019/1896, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas, DO L 95, de 14 de noviembre de 2019.

⁵³ *El País*, 23 de enero de 2021.

Estados requeridos se realizan con arreglo a la protección internacional de los derechos humanos. En el asunto que nos ocupa, la Comisión había reconocido, en su informe de 2011 sobre la evaluación de los acuerdos de readmisión, que estos instrumentos carecían de medios que permitieran comprobar el respeto de los derechos de las personas que son devueltas con arreglo a tales normas convencionales. De forma particular, esta institución destacaba la ausencia de un «mecanismo posretorno», destinado a recabar la información pertinente sobre la situación de las personas readmitidas en el marco de un ARUE, incluido el respeto de sus derechos humanos. A este respecto, la Comisión consideró que mejorar las garantías relativas a los derechos humanos pasaba por reforzar las funciones encomendadas a los Comités Mixtos de Readmisión.

Lo cierto es que en la mayoría de los acuerdos de readmisión existen tales Comités⁵⁴, que son órganos políticos copresididos por la Comisión, en representación de la Unión —en ocasiones asistida por expertos de los Estados miembros—, y los terceros países en cuestión. En el informe citado, la Comisión se inclinaba abiertamente por invitar a sus reuniones a las ONG y organizaciones internacionales que actúan en este ámbito, a los fines de alcanzar en la práctica una interacción adecuada entre la política de retorno y los derechos humanos y las normas de protección internacional. A su vez, estos Comités podrían recabar información sobre el terreno procedente de fuentes tales como las Embajadas de los Estados miembros y las Delegaciones de la UE, aparte de las ONG y las organizaciones internacionales referentes⁵⁵. Esto tiene pleno sentido si se tiene en cuenta el papel que ciertos acuerdos de readmisión atribuyen a los canales diplomáticos y consulares en orden a la expedición del documento de viaje requerido para el retorno de dicha persona, en caso de que el Estado requerido responda positivamente a la solicitud de readmisión⁵⁶.

Sea como fuere, en la práctica no resulta fácil constatar la implementación de estos acuerdos desde la perspectiva de las normas y salvaguardias que aseguran un retorno respetuoso con los derechos humanos. El Parlamento Europeo ha vuelto a instar a la Comisión a velar por el establecimiento de un mecanismo de seguimiento posterior al retorno para conocer la suerte de las personas retornadas, prestando especial atención a los grupos vulnerables, incluidos los menores no acompañados y las familias⁵⁷.

Aunque, después de todo, los Comités Mixtos de Readmisión son órganos que tienen asignadas unas funciones específicas de control de la aplicación de los acuerdos, hay que reconocer que esta fórmula muestra hoy sus limi-

⁵⁴ La Comisión ha revelado que existen órganos de seguimiento equivalentes en los acuerdos informales de readmisión a los que ha denominado «Grupos de trabajo conjunto», COM (2021) 56 final, cit. nota 9.

⁵⁵ COM (2011) 76 final, cit. nota 20, pp. 10-14.

⁵⁶ Véanse, por citar algunos ejemplos, el art. 2, apdos. 4 y 5, del acuerdo UE-Cabo Verde; y los arts. 3, 4 y 5 del Acuerdo UE-Turquía.

⁵⁷ Resolución del Parlamento Europeo, cit. en nota 7, apdo. 35.

taciones. En primer lugar, los compromisos que se alcanzan en el seno de estas estructuras institucionales son confidenciales. En segundo lugar, no hay indicios de que los mencionados Comités hayan llevado a cabo dichas evaluaciones desde la perspectiva de los derechos humanos y, de haberlas llevado a cabo, las conclusiones alcanzadas no se han hecho públicas. En tercer lugar, se desconoce con precisión si se han asignado a las ONG determinadas funciones de seguimiento, como tampoco hay noticias sobre si se han establecido índices de derechos humanos, o indicadores claros, cuantitativos y cualitativos, para medir el grado de reintegración de las personas retornadas.

Por lo demás, es muy probable que el Parlamento Europeo no esté informado de los trabajos que se desarrollan en el seno de estos Comités, aun cuando, en el momento de aprobar la celebración del acuerdo con Pakistán, la Comisión se comprometió a informarle periódicamente de la aplicación de los ARUE, y en particular del trabajo desarrollado por los mencionados Comités⁵⁸. Ciertamente, la implicación de esta institución no puede ser marginal, dada sus nuevas competencias. De ahí que se haya barajado la idea de que esta institución forme parte de la composición de estos órganos de cara a futuros acuerdos⁵⁹.

5. REFLEXIONES FINALES

La política de readmisión en colaboración con terceros países, piedra angular de la lucha contra la inmigración irregular, merece una revisión crítica honda e inaplazable. En nuestros días, la efectividad de la política de retorno sigue centrada, primordialmente, en términos de aumento de las tasas de retorno de migrantes irregulares a los países de origen y tránsito. Ello obedece al descenso del número de decisiones de retorno ejecutadas que viene produciéndose desde 2015, a raíz de la llamada crisis de los refugiados. Sin embargo, conviene tener presente que la efectividad de los retornos también debe ser evaluada en función de su sostenibilidad y la aplicación de las garantías de los derechos fundamentales, como ha expresado el Parlamento Europeo.

Lo cierto es que la dimensión exterior de la política de retorno es una pieza indispensable para conseguir mayores grados de eficiencia y previsibilidad en este terreno. Es constatable que un cambio decisivo en la gestión de los flujos migratorios y la lucha contra la inmigración clandestina lo representa la firma de acuerdos europeos de readmisión. Si bien con algunos socios

⁵⁸ Véase el Anexo a la Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de septiembre de 2010, sobre el proyecto de Decisión del Consejo relativa a la celebración del Acuerdo entre la UE y la República Islámica de Pakistán sobre readmisión de personas que residan sin autorización, *DO C 50 E*, de 21 de febrero de 2012.

⁵⁹ Véanse las opiniones de los ponentes de la Comisión LIBE en relación con Azerbaiyán (A7-0154/2014) y en relación con Cabo Verde (A7-0267/2013). En la doctrina, LAGRAN, T. E., cit. en nota 13, p. 189.

prioritarios, como Marruecos, no está resultando sencillo avanzar en las negociaciones destinadas a la celebración de tales acuerdos.

Por otra parte, está claro que el modo en que la UE ha articulado su modelo de política convencional en materia de retorno se ha ido alejando cada vez más de los principios que inspiran su funcionamiento, especialmente el principio democrático y el de transparencia. En efecto, lejos de proceder con arreglo a pautas democráticas, la Unión celebra con terceros Estados acuerdos informales en ausencia de control parlamentario y de cualquier posibilidad de supervisión judicial. Hay que dar prioridad, por consiguiente, a la celebración de acuerdos formales de readmisión, dada la importancia de concluir un acuerdo vinculante, e impedir que dichos acuerdos formales permitan la celebración de acuerdos informales⁶⁰.

Es preciso instaurar, asimismo, una política de readmisión transparente, eficaz y, sobre todo, coherente y respetuosa con el pleno respeto de los derechos fundamentales, en tanto que pilares cardinales del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, y de la acción exterior europea, según reza el tratado fundacional de la Unión. Así las cosas, examinar e identificar el historial de derechos humanos de los socios exteriores con los que se concluye un acuerdo de readmisión es tan importante como el hecho de que las decisiones de expulsión no puedan tomarse por los Estados requirentes sin comprobar el estatus de aquellas personas que requieren protección internacional. También es sumamente relevante efectuar un seguimiento de los compromisos contraídos con los socios exteriores y del pleno respeto de los derechos humanos de las personas retornadas.

En definitiva, un planteamiento de la política de retorno basado en derechos humanos incluye la garantía del principio de no devolución, la prohibición de las expulsiones colectivas, la lucha contra las operaciones de tráfico de personas, y la mejora de las condiciones de reintegración de las personas que han retornado a un país seguro. Pero hoy no resulta fácil constatar la implementación de los acuerdos (formales o informales) desde la perspectiva de las normas y salvaguardias que aseguran un retorno respetuoso con los derechos humanos. Es más, la información completa y exhaustiva acerca de la evaluación de la cooperación con terceros países en materia de readmisión, elaborada en 2021 al amparo del art. 25 bis del Código Europeo de Visados, es de momento, en alguna medida, confidencial.

Naturalmente, la cooperación en materia de retorno y readmisión entre los países de destino y de origen o de tránsito constituye un propósito obligado en los debates que se desarrollan en torno al flamante Pacto sobre Migración y Asilo, bajo el rótulo de las denominadas *asociaciones de migración globales, equilibradas, adaptadas y mutuamente beneficiosas* con países no pertenecientes a la UE. Ahora bien, la tendencia a fortalecer y reforzar la

⁶⁰ En este sentido, puede verse la propuesta de informe de iniciativa del Parlamento Europeo sobre la protección de los derechos humanos y la política exterior de la Unión en materia de migración, A9-0060/2021, de 25 de marzo de 2021, apdo. 13.

dimensión exterior y la cooperación con terceros países puede derivar en una excesiva externalización de la gestión de los flujos migratorios, cuyos contornos y límites legales ni siquiera están aún perfilados.

RESUMEN

LA POLÍTICA CONVENCIONAL DE LA UE SOBRE READMISIÓN DE INMIGRANTES IRREGULARES: UNA COOPERACIÓN OPACA Y CON IMPLICACIONES GRAVES PARA LOS DERECHOS HUMANOS

Este trabajo plantea una reflexión sobre la transparencia y eficacia de la cooperación de la UE con terceros países en materia de retorno y readmisión, y su difícil encaje en la cultura del Estado de Derecho y de los derechos humanos. Así, se dará cuenta de los acuerdos europeos de readmisión formalmente celebrados con países terceros (ARUE). En segundo lugar, el estudio aborda los problemas de fondo que plantea la informalización que adquiere la política de readmisión, tanto en el plano de la UE como en el ámbito bilateral. Estas líneas finalizarán con una revisión crítica de la política convencional en materia de readmisión con terceros países desde la perspectiva de los derechos humanos.

Palabras clave: acuerdos de readmisión, mecanismos prácticos de retorno, derechos humanos, principio de no devolución.

ABSTRACT

THE CONVENTIONAL POLICY OF THE EU CONCERNING THE READMISSION OF IRREGULAR IMMIGRANTS: AN OPAQUE POLICY WITH SERIOUS IMPLICATIONS FOR HUMAN RIGHTS

This study examines the transparency and effectiveness of EU cooperation with third countries on return and readmission and reflects on how difficult it is to reconcile it with the rule of law and human rights culture. Thus, EU readmission agreements (EURA) formally concluded with third countries will be presented. The study then discusses the underlying issues arising from the increasing informality surrounding readmission policy, both at the EU and bilateral level. It finally concludes with a critical review of the conventional readmission policy with third countries from a human rights perspective.

Keywords: readmission agreements, practical arrangements on return and readmission, human rights, the principle of non-refoulement.

EL DERECHO HUMANO A ABANDONAR UN PAÍS, INCLUIDO EL PROPIO: LAS EXCEPCIONES A LA REGLA

Teresa FAJARDO DEL CASTILLO*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. PRINCIPALES INSTRUMENTOS UNIVERSALES Y REGIONALES QUE RECONOCEN EL DERECHO A ABANDONAR UN PAÍS.—2.1. Instrumentos jurídicos universales.—2.2. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y su Protocolo 4.—2.3. El Objetivo 2 del Pacto Mundial por una Migración Segura, Ordenada y Regular: «Minimizar los factores adversos y estructurales que obligan a las personas a abandonar su país de origen».—3. EL PAPEL DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA CRECIENTE LIMITACIÓN DEL DERECHO A ABANDONAR UN PAÍS.—3.1. La UE y la construcción de fronteras para impedir la salida de los países de origen y de tránsito.—3.2. Las excepciones y restricciones justificadas por la lucha contra la inmigración ilegal, la trata de seres humanos y el crimen organizado.—4. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

El derecho a abandonar un país, incluido el propio, se encuentra recogido en el art. 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH, en adelante) y en el art. 12 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). También lo incorpora el art. 2 del Protocolo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Este derecho humano está marcado tanto por su naturaleza de derecho básico necesario para el disfrute de otros derechos —como el derecho a buscar asilo o refugio—, como por las excepciones y restricciones que los Estados pueden imponerle por razones de seguridad, orden público y de control de la migración. Sin embargo, el derecho a abandonar un país no constituye un título jurídico suficiente para la elección del país de destino.

Su concepción amplia cuando fue formulado por primera vez se ve ahora limitada por el establecimiento de excepciones y restricciones que limitan

* Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Granada (fajardo@ugr.es). Este trabajo de investigación ha sido realizado en el marco del Proyecto dirigido por el Profesor Esteban Pérez Alonso, *Esclavitud contemporánea y trata de personas en el contexto internacional, nacional y andaluz: un estudio jurídico multidisciplinar y transversal*, P18-RT-2253.

su alcance como consecuencia de políticas migratorias en las que los potenciales países de destino han colaborado con los países de origen y de tránsito para contener o para impedir la salida de las personas sin títulos jurídicos para emigrar regularmente.

La Unión Europea (UE, en adelante) y sus Estados miembros han desempeñado en los últimos años un papel importante en la práctica que ha ampliado las limitaciones a este derecho para combatir la emigración irregular o el tráfico de seres humanos. Por ello, cabe plantearse su papel en la definición de este derecho y de su alcance a través de la imposición de nuevas restricciones, así como también su responsabilidad por la violación de derechos humanos en el proceso de adopción y ejecución de su política migratoria.

En la práctica, estas restricciones no solo obedecen a fines legítimos ligados al ejercicio de la soberanía del Estado y a sus derechos a determinar quién entra, reside y sale de su territorio. La multiplicación de las restricciones de carácter temporal, geográfico y por razón de la nacionalidad de quienes quieren ejercer este derecho, hacen necesario que se examine si entran dentro de los requisitos y límites que se establecen en el apdo. 3 del art. 12 PIDCP y si no violan un principio general de no discriminación. Además, las limitaciones a este derecho han de venir establecidas por ley y su necesidad y su proporcionalidad deben justificarse. Las razones que las fundamentan vienen dadas en demasiadas ocasiones por la prevalencia de motivos de seguridad sobre el derecho a abandonar un país y sobre la libertad de movimiento que a este derecho debiera asociarse. Son estos motivos de seguridad los que se esgrimen desde los países de destino y, en particular, por la UE y sus Estados miembros que han promovido el control de fronteras de manera que en las últimas décadas los requisitos de entrada se han incrementado, así como las consecuencias derivadas de incumplirlos. En cualquier caso, las limitaciones a este derecho tienen que ser coherentes con el CEDH y con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que nos servirán para examinar cuál es, a día de hoy, el alcance de este derecho en Europa.

También tendré en cuenta los instrumentos de *soft law* que han servido para establecer un marco común de referencia ante la falta de desarrollos normativos convencionales y que han sido preparados por los órganos de la gobernanza internacional y europea en materia de derechos humanos. En particular, nos referiremos al Pacto Mundial por una Migración Segura, Ordenada y Regular¹, que a pesar de su naturaleza no vinculante se ha convertido en un referente de lo que los Estados consideran «normas comunes» para la cooperación en la gestión de los flujos migratorios.

Son estas cuestiones las que examinaremos para redefinir el alcance del derecho a abandonar un país, incluido el propio, a la luz de los nuevos desarrollos normativos y jurisprudenciales y del análisis de sus restricciones en

¹ Véase sobre este instrumento de *soft law*, FAJARDO DEL CASTILLO, T., «El Pacto Mundial por una Migración Segura, Ordenada y Regular: un Instrumento de *soft law* para una gestión de la migración que respete los Derechos Humanos», *REEI*, vol. 38, 2019, pp. 1-34.

su marco jurídico convencional internacional (Sección 2.1) y regional (Sección 2.2) y en el *soft law* relevante (Sección 2.3). También analizaremos la práctica que lo reconoce y lo limita, prestando especial atención a la de la UE y sus Estados miembros (Sección 3).

2. PRINCIPALES INSTRUMENTOS UNIVERSALES Y REGIONALES QUE RECONOCEN EL DERECHO A ABANDONAR UN PAÍS

2.1. Instrumentos jurídicos universales

En la búsqueda de un marco jurídico de referencia del derecho humano a abandonar un país, incluido el propio, nos encontramos, en primer lugar, los instrumentos universales para la protección de los derechos humanos, que muestran también ellos en la formulación de sus disposiciones cómo este derecho ha sufrido cambios motivados por el contexto histórico y político en el que ha sido aplicado. Así, en primer lugar, el art. 13.2 DUDH dispone que: «Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso el propio, y a regresar a su país»².

Esta disposición con el paso del tiempo y la aceptación de los Estados, habría alcanzado ya la naturaleza normativa en tanto que norma consuetudinaria. Atrás quedaron los años en que los países de la Unión Soviética y no pocos Estados asiáticos impidieron el disfrute de este derecho a sus nacionales y convirtieron su ejercicio incluso en un delito³.

Con un tenor semejante, este derecho humano también fue reconocido en el art. 12 PIDCP, si bien ya como norma convencional con matices importantes⁴:

- «1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.
2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio.
3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando estas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.
4. Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país».

² Art. 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General en su Res. 217 A (III) de 10.12.1948.

³ Véase el caso de Vietnam, «Memorandum of Understanding between the Socialist Republic of Vietnam and the United Nations High Commissioner for Refugees (13 December 1988)», *International Journal of Refugee Law*, vol. 5, 1993, p. 626.

⁴ Véase Special Rapporteur, Mr. JOSÉ D. INGLES, Study of Discrimination in Respect of the Right of Everyone to Leave any Country, including his Own and to Return to his Country, *E/CN A/Sub.2/229/Rev.1*, 1963, véase en particular el Anexo IV sobre el desarrollo del art. 12 del borrador de PIDCP, pp. 88 y ss.

En primer lugar, ha de recordarse que este derecho a abandonar un Estado, incluido el propio, no da derecho a elegir el país de destino⁵. Esta interpretación y su salvedad la daría el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas⁶, el órgano competente para establecer la interpretación de este instrumento convencional en el marco del Protocolo al PIDCP, que en su *Comentario General 15 sobre la posición de los extranjeros bajo el Pacto de Derechos Civiles y Políticos* señalaría que:

«El Pacto no reconoce el derecho de los extranjeros a entrar o residir en el territorio de un Estado parte. En principio, corresponde al Estado decidir a quién admitirá en su territorio. Sin embargo, en determinadas circunstancias, un extranjero puede disfrutar de la protección del Pacto incluso en relación con la entrada o la residencia, por ejemplo, cuando surgen consideraciones de no discriminación, prohibición de trato inhumano y respeto por la vida familiar»⁷.

Como cabe apreciar, el primer requisito para poder moverse libremente y elegir residencia del art. 12.1 es hallarse legalmente en el territorio de un país⁸, un requisito este que no aparecía en el art. 13 DUDH⁹. Ha sido la práctica de los Estados la que ha determinado esta precisión.

De especial interés ahora es el pronunciamiento del Comité de Derechos Humanos en el contexto en el que las personas que intentan abandonar un país sufren maltrato físico en las zonas fronterizas habilitadas para llevar a cabo los controles migratorios y contener su salida¹⁰. Así el Comité señalaría que el Estado es responsable de evitar esos comportamientos y, en el caso de España por los incidentes de la Playa del Tarajal también apunta a su responsabilidad respecto a las actuaciones de Marruecos cuando dice:

«El Estado parte debe adoptar todas las medidas apropiadas para garantizar que no se someta a los inmigrantes a malos tratos durante su deportación y expulsión. El Estado parte debe tomar las medidas necesarias para garantizar que autoridades extranjeras no cometan violaciones de derechos humanos en terri-

⁵ En este sentido véase MOLE, N., «Sanctions and Regulation of Migration Flows», *Human Rights and Immigration*, Collection of contributions to the work of the Commissioner for Human Rights, Alvaro Gil-Robles, *Doc. CommDH(2003)8rev. bil.*, p. 33.

⁶ UN Human Rights Committee, General Comment no. 27, *CCPR/C/21/Rev.1/Add.9*, noviembre de 1999.

⁷ Apdo. 5 del Comentario General 15, *CCPR General Comment No. 15: The Position of Aliens Under the Covenant* adopted at the Twenty-seventh session of the Human Rights Committee, 11 de abril de 1986.

⁸ Respecto a este requisito se pronunciaría el Comité de Derechos Humanos en su Comentario General 15 cuando señalaría en su apdo. 9 que: «*The particular rights of article 13 only protect those aliens who are lawfully in the territory of a State party. This means that national law concerning the requirements for entry and stay must be taken into account in determining the scope of that protection, and that illegal entrants and aliens who have stayed longer than the law or their permits allow, in particular, are not covered by its provisions*», *ibid.*

⁹ Cabría dudar también de la naturaleza consuetudinaria del apdo. 1 de este art. 13 DUDH que afirma que: «Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado».

¹⁰ Véase el apdo. 19 del Doc. del Comité de Derechos Humanos, «Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España», *Doc. CCPR/C/ESP/CO/6*, de 14 de agosto de 2015, en adelante Informe del Comité de Derechos Humanos sobre España.

torio español, y que los policías y personal de fronteras reciban formación adecuada con respecto al uso de la fuerza en las interacciones con los inmigrantes, y asegurar que cualquier uso excesivo de la fuerza sea investigado y los responsables sancionados, cuando sea necesario. Asimismo, debe realizar una investigación completa y efectiva sobre los hechos del Tarajal y, si es necesario, enjuiciar a los responsables y proporcionar reparación adecuada a las víctimas»¹¹.

En cualquier caso, las restricciones del apdo. 3 del art. 12 del Pacto habrán de estar previstas en la ley, ser necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y además deberán ser compatibles con los demás derechos reconocidos en el PIDCP, de manera que en ningún caso estas restricciones se presumen.

Por otra parte, el derecho a abandonar un país es un requisito necesario para poder disfrutar de otros derechos como sería el que permitiría a una persona solicitar asilo o huir del país en el que sufre tortura o corre el riesgo de sufrirla o el derecho del menor a reunirse con sus padres. Además, el derecho a huir de la tortura y de tratos inhumanos y degradantes, reconocido su carácter imperativo, debe llevarnos a reflexionar sobre la situación de los migrantes procedentes de Libia o de otros países en África que podría generar la responsabilidad internacional de los Estados miembros de la UE por contribuir a la violación de los derechos humanos de las personas rescatadas en alta mar y devueltas a dichos países¹². En este caso también es necesario recordar que el Comité de Derechos Humanos ya estableció las garantías que debe ofrecer el Estado en su *Comentario General núm. 27 sobre el alcance del derecho a abandonar cualquier país, incluido el propio*¹³. Así y a título de ejemplo, el Comité ha sostenido que la negativa a emitir pasaportes es una restricción que constituye una violación del art. 12.2 y, por tanto, cualquier Estado que tome esta medida debe justificarlo de conformidad con dicho apartado¹⁴.

2.2. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y su Protocolo 4

El CEDH no contemplaba un derecho a abandonar un país. No sería hasta la adopción de su Protocolo 4 cuando se recogería igualmente este derecho en su art. 2 sobre la libertad de circulación de personas cuyo tenor reproduce

¹¹ *Ibid.*

¹² Para un estudio de casos véase el último informe del Consejo de Europa: Comisaría de Derechos Humanos del Consejo de Europa, *Una llamada de socorro por los derechos humanos. La creciente brecha en la protección de las personas migrantes en el Mediterráneo*, Éditions du Conseil de l'Europe, 2021.

¹³ General Comment No. 27: Freedom of movement (art. 12), *CCPR/C/21/Rev.1/Add.9*, General Comment No. 27, de 2 de noviembre de 1999.

¹⁴ Así lo señalaría por primera vez en el asunto *Lichtensztejn c. Uruguay*, Comunicación núm. 77/1980. A este respecto, el Comité de Derechos Humanos ha sostenido que las restricciones para obtener un pasaporte impuestas a personas que aún no han completado su servicio militar no eran necesariamente incompatibles con el art. 12.2 (asunto *Peltonen c. Finland*, Comunicación núm. 492/1992).

el del art. 12 PIDCP. El mayor interés del tratamiento de este derecho en el sistema europeo de protección de derechos humanos y libertades fundamentales se deriva no solo de su jurisprudencia que es amplia¹⁵, sino también de los informes emitidos por sus instituciones que sirven para determinar el contexto político y social en el que se interpreta este derecho, y que ha experimentado cambios importantes en los últimos años como puede verse en el proyecto de principios que hizo llegar el ECOSOC al Consejo de Europa a través del Secretario General de las Naciones Unidas en 1973, que tenía por objetivo evitar que los Estados europeos incurrieran en discriminación cuando establecieran restricciones al ejercicio de este derecho¹⁶. En este caso, los extranjeros debían disfrutar de los mismos derechos y en la misma medida que los nacionales, siempre y cuando su situación en el país fuera legal.

Estos principios del ECOSOC, como luego haría el art. 2 del Protocolo 4 del Convenio, se refieren a la necesidad de llevar a cabo las restricciones o derogaciones conforme a lo que se considere necesario en una sociedad democrática¹⁷.

Por su parte, en su jurisprudencia, el TEDH señala que el derecho a abandonar un país tal y como se recoge en el art. 2, § 2 del Protocolo 4 «garantiza a cualquier persona el derecho de salir de cualquier país para cualquier otro país de la elección de esa persona a la que pueda ser admitido»¹⁸. Pero este derecho tiene sus excepciones que se recopilan en la sentencia *Battista c. Italia* de 2015, en la que el TEDH llevaría a cabo una definición de este derecho humano, de su alcance y una sistematización de los motivos para establecer excepciones y restricciones entre los que cabe destacar la existencia de procedimientos penales pendientes, el incumplimiento en el pago de impuestos o deudas judiciales a particulares, conocimiento de los «secretos de Estado», el incumplimiento de las obligaciones del servicio militar o incluso las infracciones de las leyes de inmigración de Estados Unidos¹⁹.

Directamente relacionada con la libertad de movimiento y el derecho a abandonar un país se encuentra «la negativa de los tribunales nacionales a emitir un pasaporte al solicitante y la decisión de invalidar su documento de identidad para viajar al extranjero», que el Tribunal considera una interferencia²⁰, que para que sea aceptable deberá cumplir con los siguientes requisitos:

- «— Haber sido adoptada conforme a los requisitos del apdo. 3 del art. 2,
- “de conformidad con la ley”,

¹⁵ Una búsqueda genérica en el sistema de búsqueda del TEDH ofrece 136 resultados en aplicación del art. 2.2 del Protocolo 4 y 83 en el caso de su art. 4, véase <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22documentcollectionid%22%3A%22GRANDCHAMBER%22%22%22CHAMBER%22%7D>.

¹⁶ Economic and Social Council resolution 1788 (LIV) of 18 May 1973, on the recommendation of the UN Commission on Human Rights, *The right of everyone to leave any country, including his own, and to return to his country*, Resolution 12 (XXIX) of 23 March 1973.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Battista c. Italy*, núm. 43978/09, párr. 37, TEDH 2015.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.*

— y ser necesaria en una sociedad democrática para el logro de objetivos tales como “en interés de la seguridad nacional, la seguridad pública y el orden público; prevención del delito; protección de la salud y la moral; protección de los derechos y libertades de los demás”²¹.

Con respecto a la legalidad de la medida, el TEDH reiterará que:

«La expresión “de conformidad con la ley” no solo requiere que la medida impugnada tenga alguna base en la legislación interna, sino que también se refiera a la calidad de la ley en cuestión, que requiere que sea accesible para la persona interesada y previsible en cuanto a sus efectos [...]. Para que la ley cumpla con el criterio de previsibilidad, debe[rá] establecer con suficiente precisión las condiciones en que se puede aplicar una medida, para permitir a las personas interesadas, si es necesario, con el asesoramiento adecuado, regular su conducta»²².

También examinará el TEDH la proporcionalidad de las medidas restrictivas para establecer que no podrán ser adoptadas de manera automática ni por un tiempo indefinido²³, y que en cualquier caso deberán ser objeto de revisión a la vista de las circunstancias²⁴.

El alcance de este derecho ha sido objeto también de interpretación por parte del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa en 2013²⁵, que encomendaría a la Profesora Guild la redacción del informe *The Right to Leave One's Country*²⁶. En este Informe destacará la sentencia en el caso *Stamose c. Bulgaria*²⁷, en el que la medida restrictiva del derecho a abandonar el país habría sido acordada por el Estado contra uno de sus nacionales en el marco de la cooperación con Estados Unidos. Por otra parte, en el examen comparativo que realiza su autora con los instrumentos universales, aprecia la convergencia entre la jurisprudencia del TEDH y los órganos de Naciones Unidas, de manera que los criterios adoptados en el Comentario General 27 son incorporados en sus sentencias, en particular, el test de proporcionalidad que han de cumplir las restricciones de manera que aunque estas puedan estar justificadas por un fin legítimo deberán ser asimismo proporcionadas. Así, no se considerarían como proporcionadas las medidas previstas en una

²¹ Véase COUNCIL OF EUROPE, *Toolkit to inform public officials about the State's obligations under the European Convention on Human Rights*, Factsheet XVII, p. 2, disponible en <https://www.coe.int/en/web/echr-toolkit>.

²² Apdo. 38 de su sentencia *Battista*, refiriéndose a su sentencia *Rotaru c. Rumania* (GC), núm. 28341/95, párr. 52, TEDH 2000.

²³ *Battista c. Italy*, núm. 43978/09, párr. 41, TEDH 2015, refiriéndose a sus sentencias *Napijalo c. Croacia*, núm. 66485/01, párrs. 78-82, TEDH 2003, *Luordo c. Italia*, núm. 32190/96, párr. 96 TEDH 2003, *Földes y Földesné Hajlik c. Hungría*, núm. 41463/02, párr. 35, TEDH 2006.

²⁴ Véase *Battista c. Italy*, núm. 43978/09, párr. 42, TEDH 2015, en el que se citan las sentencias *Riener c. Bulgaria*, núm. 46343/99, párr. 124, TEDH 2006, y *Földes y Földesné Hajlik*, párr. 35; *Sissanis c. Rumania*, núm. 23468/02, párr. 60, TEDH 2007.

²⁵ En aquel momento desempeñaba el cargo el letón Nils Muiznieks. El cargo actualmente lo ocupa la serbia Dunja Mijatovic.

²⁶ COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS OF THE COUNCIL OF EUROPE, «The Right to Leave One's Country», octubre de 2013, disponible en Internet en http://www.coe.int/t/commissioner/source/prems/prems150813_GBR_1700_TheRightToLeaveACountry_web.pdf.

²⁷ *Stamose c. Bulgaria*, núm. 29713/05, TEDH 2012.

legislación ambigua que contemplaba una prohibición de viajar de manera automática y por tiempo indefinido²⁸.

Por último, es necesario destacar las sentencias *N. D. y N. T. c. España* de 2017 y de 2020²⁹ desde el punto de vista de su impacto en el derecho a abandonar un país, incluido el propio. En el ínterin de la adopción de la primera sentencia y la resolución del recurso presentado por España ante el TEDH, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa adoptó un Informe y una Resolución sobre las políticas de rechazo³⁰ —*push-back*— en la práctica de los Estados miembros del Consejo de Europa en los que las critica por ser un reflejo del espíritu de contención y rechazo que inspira sus políticas migratorias:

«Para controlar y gestionar los flujos migratorios, los Estados miembros del Consejo de Europa concentran gran parte de sus esfuerzos en la vigilancia de las fronteras. En este contexto, las denegaciones de entrada y las expulsiones sin ninguna evaluación individual de las necesidades de protección se han convertido en un fenómeno documentado en las fronteras de Europa, así como en el territorio de los Estados miembros más al interior. Dado que estas prácticas están muy extendidas, y en algunos países son sistemáticas, estas “devoluciones” pueden considerarse parte de las políticas nacionales y no acciones fortuitas»³¹.

No obstante, la sentencia del TEDH *N. D. y N. T. c. España* de 13 de febrero de 2020 es más restrictiva que la sentencia de 3 de octubre de 2017, al no considerar ya que se ha producido una violación del art. 4 del Protocolo 4 que prohíbe las expulsiones colectivas³². Para la absolución de España, el TEDH ha tenido en cuenta que España habría facilitado «un acceso real y efectivo a los medios legales de entrada, en particular a los procedimientos fronterizos para quienes llegan hasta la frontera»³³.

Ello puede tener consecuencias de más largo alcance si también se considera que los *push-backs* pueden realizarse cumpliendo las normas internacionales de protección de los derechos humanos por parte de los Estados miembros del Consejo de Europa, sin que se tenga en cuenta el comportamiento de los países de origen y de tránsito en aquellos supuestos de gestión migratoria conjunta — como fue el caso de Marruecos en el asunto *N. D. y N. T. c. España*³⁴.

²⁸ A esta conclusión llegaría el TEDH en distintas sentencias relativas a la prohibición de viajar por motivos de impago de impuestos así como derivadas de procedimientos penales, véase *Földes and Földesné Hajlik c. Hungary*, núm. 41463/02, TEDH 2006; *Riener c. Bulgaria*, núm. 46343/99, TEDH 2006; *Nalbantski c. Bulgaria*, núm. 30943/04, TEDH 2011.

²⁹ *N. D. y N. T. c. España* (GS) núms. 8675/15 y 8697/15, TEDH 2020, y *N. D. y N. T. c. España*, núms. 8675/15 y 8697/15, TEDH 2017.

³⁰ Committee on Migration, Refugees and Displaced Persons, Rapporteur Tineke Strik, Pushback Policies and Practice in Council of Europe Member States, *Doc. 14909*, 9 de junio de 2019.

³¹ *Ibid.*, p. 3.

³² Sobre estas sentencias hay ya muchas valiosísimas referencias bibliográficas, de las que destacamos por el punto de conexión con este trabajo CARRERA, S., «The Strasbourg Court Judgement *N. D. and N. T. v. Spain*. A Carte Blanche to Push Backs at EU External Borders?», *EUI Working Paper RSCAS 2020/21*, European University Institute, 2020, pp. 1-36.

³³ Véase el párr. 209 de la sentencia *N. D. y N. T. c. España*, núms. 8675/15 y 8697/15, TEDH 2020.

³⁴ Así los interventores indicaron que «la policía marroquí impedía a ciertas nacionalidades acceder al paso fronterizo de Beni Enzar por motivos de raza, como lo demuestran varios informes de ONG incluidas Amnistía Internacional y CEAR», apdo. 163, p. 83.

2.3. El Objetivo 2 del Pacto Mundial por una Migración Segura, Ordenada y Regular: «Minimizar los factores adversos y estructurales que obligan a las personas a abandonar su país de origen»

El Pacto Mundial por una Migración Segura, Ordenada y Regular que fue adoptado en la Conferencia intergubernamental de Marraquech y, posteriormente, por la Asamblea General en su Resolución 73/195³⁵ con importantes objetores³⁶, ha puesto de manifiesto que uno de los motivos de la proliferación de la migración irregular y de las mafias que se benefician del tráfico de seres humanos es el endurecimiento creciente de las políticas de migración regular de los Estados³⁷. El fin de este Pacto, como se dice bien en su título, es gestionar de manera cooperativa entre todos los países concernidos la migración segura, ordenada y regular, lo que vendría a limitar el derecho a abandonar un país, de manera que solo podrían beneficiarse de él aquellas personas que contaran con un visado o con los títulos necesarios para viajar, trabajar y residir legalmente en un tercer país. Dicho esto, es comprensible que entre los 23 objetivos del Pacto que requieren acciones de aplicación por los Estados que lo han suscrito, se haya previsto el Objetivo 2 consistente en «minimizar los factores adversos y estructurales que obligan a las personas a abandonar su país de origen». Este objetivo se encuentra entre aquellos que abordan los motivos de la migración e invierten en el desarrollo sostenible de los países de origen con el deseo de preservar los derechos básicos de todos los migrantes, pero, especialmente, los de aquellos a los que se les denegará el estatus de migrante regular y, por tanto, su derecho a abandonar su país de origen o el de tránsito. De esta manera se tiene en cuenta que entre las causas de la migración desordenada, insegura e irregular se encuentran tanto los problemas de desarrollo como las medidas restrictivas de la migración regular que han impuesto los países desarrollados³⁸.

Además, el Objetivo 4 del Pacto dispone que los Estados han de «velar por que todos los migrantes tengan pruebas de su identidad jurídica y documentación adecuada», lo que vendría a reconocer la jurisprudencia y el posicionamiento de las instituciones de la familia de las Naciones Unidas y del Consejo de Europa sobre la necesidad de que no se someta a restricciones indebidas el derecho a obtener un documento de identidad. Sin embargo, entre los restantes objetivos del Pacto también hay que destacar los Objetivos 9 y 10 que justificarán la adopción y desarrollo de medidas y políticas restrictivas acordes con los arts. 12.3 PIDCP y 2.3 del Protocolo 4 al CEDH, porque se dedican a:

³⁵ Resolución A/RES/73/195 aprobada por la Asamblea General el 19 de diciembre de 2018.

³⁶ Véase FAJARDO DEL CASTILLO, T., *loc. cit.*, pp. 5-8.

³⁷ Véase sobre esta cuestión COSTELLO, C., «Refugees and (Other) Migrants: Will the Global Compacts Ensure Safe Flight and Onward Mobility for Refugees?», *International Journal of Refugee Law*, vol. XX, 2018, núm. XX, pp. 1-7, esp. p. 4.

³⁸ FAJARDO DEL CASTILLO, T., *loc. cit.*, pp. 30-32.

- «9. Reforzar la respuesta transnacional al tráfico ilícito de migrantes.
10. Prevenir, combatir y erradicar la trata de personas en el contexto de la migración internacional».

3. EL PAPEL DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA CRECIENTE LIMITACIÓN DEL DERECHO A ABANDONAR UN PAÍS

La UE ha ejercido como potencia normativa en el desarrollo, aplicación y cumplimiento del Derecho internacional a través de un ejemplo virtuoso, para así no ser objeto de acusaciones relativas a sus pretensiones de imponer unilateralmente sus estándares normativos. Sin embargo, en el ámbito migratorio, esta potencia normativa ya bajo un enfoque que la caracteriza de «potencia realista»³⁹ ha sido acusada de europeizar el emergente derecho migratorio a través, precisamente, de restricciones a la libertad de movimiento de las personas, así como de la promoción de una interpretación restrictiva de las instituciones del asilo y del refugio. Las causas del carácter menguante del derecho a abandonar un país se le han atribuido expresamente a su política de externalización de las políticas de control de fronteras⁴⁰ en el Informe del Consejo de Europa sobre el derecho a abandonar un país⁴¹.

Aunque la UE no se haya pronunciado nunca expresamente respecto al derecho de abandonar un país ya que no está contemplado en la Carta de Derechos Fundamentales⁴², sus posturas respecto al retorno de aquellos que carecen de los títulos jurídicos para entrar o permanecer en el territorio de sus Estados miembros han limitado este derecho de abandonar un país a través de su cooperación con los países de origen y de tránsito.

3.1. La UE y la construcción de fronteras para impedir la salida de los países de origen y de tránsito

Con las primeras crisis migratorias, la UE inició su cooperación económica para el establecimiento de fronteras físicas en África, un continente donde

³⁹ Véase SKORDAS, A., «A “blind spot” in the migration debate? International responsibility of the EU and its Member States for cooperating with the Libyan coastguard and militias», *Blog Odysseus Network*, de 30 de enero de 2018.

⁴⁰ Véase DEL VALLE GÁLVEZ, A., «Inmigración, derechos humanos y modelo europeo de fronteras. Propuestas conceptuales sobre “extraterritorialidad”, “desterritorialidad” y “externalización” de controles y flujos migratorios», *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, núm. 2, Universidad de Cádiz, 2020, pp. 145-210.

⁴¹ GUILD, E., *op. cit.*

⁴² La Carta de Derechos Fundamentales solo incorpora en su Título V sobre la Ciudadanía su art. 45 sobre la Libertad de circulación y de residencia, que dispone que: «1. Todo ciudadano de la Unión tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. 2. Podrá concederse libertad de circulación y de residencia, de conformidad con lo dispuesto en los Tratados, a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro», *DOUE C 202*, de 7 de junio de 2016, pp. 389-405.

la operación de la demarcación no se había llevado a cabo hasta entonces⁴³. El impacto de la construcción de estas fronteras empieza a sentirse ahora que ya son operativas en África occidental⁴⁴. Los recientes acuerdos con los países de África incorporan un capítulo destinado a combatir la migración irregular a través de una gestión conjunta de las fronteras⁴⁵. Además la UE adoptará próximamente un reglamento que permitirá que en los controles en frontera se recopilen y almacenen los datos biométricos que facilitarán las operaciones de retorno en el futuro⁴⁶. La UE también ha fortalecido su política de visados⁴⁷ como premio a la colaboración de los países de origen y tránsito. La suspensión de los visados muestra el reverso de esta herramienta, que puede ser también una medida de amenaza o castigo para aquellos países que no cooperen o no lo hagan a la satisfacción de Europa. Las consecuencias derivadas de esta política de visados no se limitarán al continente africano, sino que también se extenderán a todos los países europeos, en particular, los de los Balcanes, con los que se celebran los acuerdos de facilitación y supresión de visados. Sin embargo, los efectos colaterales de la política de visados de la UE sobre el derecho de abandonar se manifiestan cuando sus Estados miembros dejan de conceder asilo o refugio a los nacionales de aquellos países que son beneficiarios. Estas medidas han sido criticadas por el Consejo de Europa, que ha examinado sus efectos en la población romaní de Macedonia, una vez que este país adoptó la medida de retirar el pasaporte y criminalizar a los demandantes de asilo que hubiesen abusado del sistema y hubiesen visto rechazadas sus solicitudes en Estados miembros de la UE⁴⁸. El TEDH también condenó las disposiciones normativas adoptadas por Bulgaria en la

⁴³ Véase FROWD, Ph. M., *Security at the Borders: Transnational Practices and Technologies in West Africa*, Cambridge University Press, 2018; HOWDEN, D., «How Borders Are Constructed in West Africa», *Refugees Deeply*, 18 de julio de 2018.

⁴⁴ Así Howden ha señalado que «*the Organisation of African Unity which accepted Africa's inherited borders in 1964, and the A. U. continues to provide assistance for demarcation of borders and dispute resolution. The Economic Community of West African States (ECOWAS) is one of the guarantors of free movement in the region and generally pursues an ambitious agenda of greater harmonization (e. g., of visa policy). Yet other actors, such as the E. U. and U. N. specialized agencies (such as the U.N. Office on Drugs and Crime), tend to have agendas driven by primarily Western security concerns. Then there are the more immediately visible police and gendarmeries who directly enact border controls*», HOWDEN, D., «How Borders Are Constructed in West Africa», *Refugees Deeply*, 18 de julio de 2018.

⁴⁵ En su Capítulo 3 sobre Inmigración irregular, véase su art. 73 dedicado a la gestión integrada de fronteras, Partnership Agreement between the [European Union/European Union And Its Member States], of the one Part, and Members of the Organization of African, Caribbean and Pacific States, of the other Part, Negotiated Agreement text initialled by the EU and OACPS chief negotiators on 15 April 2021.

⁴⁶ Véase la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se introduce un control de nacionales de terceros países en las fronteras exteriores y se modifican los Reglamentos (CE) 767/2008, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240 y (UE) 2019/817, COM (2020) 612 final, de 23 de septiembre de 2020.

⁴⁷ Véase BROEDERS, D., *loc. cit.*, pp. 81. Véase la versión consolidada de febrero de 2020 del Código de Visados, así como todos los nuevos requisitos exigibles en https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/borders-and-visas/visa-policy_en.

⁴⁸ Comment of the Commissioner of Human Rights, «The right to leave one's country should be applied without discrimination», *Ref. CommDH 037(2011)*, de 22 de noviembre de 2011, disponible en <https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/the-right-to-leave-one-s-country-should-be-applied-without-discriminati-1>.

fase previa a su adhesión a la UE y durante la cual se impidió la salida del país de los nacionales que hubieran sido objeto de una orden de expulsión. Esta jurisprudencia del TEDH consideró que en el origen de la legislación de Bulgaria se encontraba el deseo de satisfacer la política migratoria de la Unión castigando la infracción de sus normas migratorias con la derogación temporal del derecho a abandonar el país⁴⁹. Por otra parte, la gestión compartida del sistema de visados por parte de la UE y de los países de origen y de tránsito puede llevar a una más rápida implantación de los sistemas de control biométrico que ya se encuentran previstos en el Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo de la Comisión Europea⁵⁰.

La aplicación de controles biométricos en los denominados *hotspots* y en los centros de detención en los países de tránsito han llevado a incrementar significativamente en los últimos años el número de inmigrantes irregulares a los que se les han tomado las huellas dactilares. Además, el intercambio de datos con Estados terceros que se ha llevado a cabo en virtud de un criterio de interoperabilidad, ha sido denunciado por la Agencia de la Unión Europea de Derechos Fundamentales (FRA, en adelante), por considerar las limitaciones que estas medidas pueden tener en los derechos humanos, especialmente si fuesen adoptadas por países con regímenes autoritarios que persiguen a opositores políticos. Así, la FRA ha sopesado las ventajas y los problemas que la interoperabilidad supone en el marco de la protección internacional⁵¹. El intento de trasladar la tecnología europea a los países africanos no garantiza que se vaya a alcanzar el contexto adecuado para que se respeten los derechos humanos de las personas que deseen ejercer el derecho a abandonar estos países.

3.2. Las excepciones y restricciones justificadas por la lucha contra la inmigración ilegal, la trata de seres humanos y el crimen organizado

Como ya hemos señalado, las restricciones al derecho a abandonar un país deben estar justificadas conforme a las exigencias previstas en los arts. 12.3 del PIDCP y 2.3 del Protocolo 4 al CEDH; además, estas no podrán ser desproporcionadas ni discriminatorias y, además, deberán responder a las exigencias de una sociedad democrática en la consecución de sus objetivos —lo que supone un sensible test para la Unión y sus Estados miembros—. Las que se han alegado por la UE y sus Estados miembros cumplen formalmente con estos requisitos pero cabe negarlo de las restricciones que estos han alentado a adoptar a los terceros países de origen y de tránsito que aún no han

⁴⁹ *Stamose c. Bulgaria*, cit. *supra*, apdo. 36, pp. 8-9.

⁵⁰ Véase la Comunicación de la Comisión relativa al Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo, COM (2020) 609 final, de 23 de septiembre de 2020.

⁵¹ FRA, *Fundamental rights and the interoperability of EU information systems: borders and security*, 2017, p. 8, disponible en su web, en <https://fra.europa.eu/en/publication/2017/fundamental-rights-interoperability>.

alcanzado el estatus de sociedades democráticas o respetuosas del Estado de Derecho. Las medidas adoptadas por Macedonia, a las que antes nos hemos referido, son un ejemplo de ello y se les podrían sumar igualmente todas las medidas adoptadas por los países con los que la UE y sus Estados miembros han celebrado acuerdos de readmisión, así como memorandos de entendimiento y acuerdos administrativos para facilitar la cooperación policial para el control fronterizo. Esta última tipología de acuerdos revestirían esta forma para eludir las exigencias de transparencia y los controles democráticos de los parlamentos europeos.

Las restricciones articuladas por la UE y sus Estados miembros que nos parecen más pertinentes son las que se refieren al control de la inmigración irregular, el tráfico de personas y la trata de personas con fines de explotación sexual y laboral y tráfico de órganos, e informan ya las estrategias de Europol como prioridades⁵². Una somera revisión de la práctica⁵³ y la jurisprudencia española⁵⁴ en materia de trata de seres humanos⁵⁵ y de migración ilegal nos permite presentar una preocupante imagen del Mediterráneo que puede aplicarse también a los Balcanes⁵⁶. En las sentencias que se han dictado en España, puede identificarse claramente un *modus operandi* que variará en función del origen de las personas traficadas que podrán entrar en España vía marítima en cayuco, o cruzando África y entrando desde Marruecos o desde Libia. Las mujeres y niñas serán captadas prometiendoles un trabajo en España y una vez aquí se las obligará a pagar el precio de su traslado, ejerciendo la prostitución⁵⁷.

La gravedad de los delitos cometidos en territorio español como los cometidos en el *iter* de llegada a España justifican las medidas adoptadas para controlar la emigración en los países de origen y destino, pero no son lo suficientemente efectivas para frenar el flujo de personas que huyen de una situación de pobreza. Gracias a ello, el crimen organizado transnacional crece

⁵² Estas prioridades se definieron en el *EU Policy Cycle 2018-2021* que pueden consultarse en la web de Europol en <https://www.europol.europa.eu/crime-areas-and-trends/crime-areas/trafficking-in-human-beings>. Véase además el papel que se le asigna en la nueva Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the EU Strategy on Combatting Trafficking in Human Beings 2021-2025, COM (2021) 171 final, de 14 de abril de 2021.

⁵³ Véase TRUJILLO DEL ARCO, A., «El combate *de facto* contra la trata de personas en España y la responsabilidad internacional del Estado», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 73, 2021, núm. 1, pp. 277-296.

⁵⁴ La base de datos CENDOJ del Consejo General del Poder Judicial ofrece los siguientes resultados en función de las palabras claves incorporadas: en 2019: trata de seres humanos: 4.040 resultados, trata de seres humanos con fines de explotación sexual: 520 resultados; inmigración ilegal: 8.005 resultados; en 2021: 2.433; trata de seres humanos con fines de explotación sexual: 295; inmigración ilegal: 3.776. Se puede apreciar un descenso en las cifras, cuya interpretación queda fuera ya de esta investigación.

⁵⁵ Véase la STS 2572/2019, de 24 de julio de 2019, ECLI:ES:TS:2019:2572.

⁵⁶ Véase GAON, I.-D. (Permanent Representative of Bosnia and Herzegovina to the Council of Europe), «Trafficking in Human Beings - Violation of Human Rights», *Human Rights and Immigration*, Collection of contributions to the work of the Commissioner for Human Rights, GIL-ROBLES, A., Doc. CommDH(2003)8rev. Bil, pp. 45-82.

⁵⁷ Véase la STS de 3 de mayo de 2017, ECLI:ES:TS:2017:1889.

y diversifica sus actividades para maximizar sus beneficios: en función de las circunstancias, desembarca drogas o personas en las costas españolas. Ello ha obligado a que los mandatos de Frontex y de Europol se hayan ampliado para hacer frente a esta criminalidad creciente. La importancia de sus operaciones está más allá de cualquier duda pero requieren de un control independiente⁵⁸. Sin embargo, el hecho de que la cooperación con los países de origen y de tránsito se convierta en una fuente de restricciones al derecho a abandonar el país, que queda al margen de los controles y las garantías procesales que se ofrecen en Europa, no deja de ser un problema que deben asumir tanto la UE como sus Estados miembros.

4. CONCLUSIONES

El alcance del derecho a abandonar un país, incluido el propio, tal y como se formula en los instrumentos jurídicos internacionales y europeos, nunca ha garantizado la elección del país de destino. Aunque la garantía del disfrute de este derecho se encuentre en manos del país de origen o de tránsito, la creciente influencia de los países de destino ha tenido como consecuencia una multiplicación de las restricciones y excepciones invocando el orden público y la seguridad y la gestión migratoria. Estas excepciones que han aumentado de manera alarmante hacen necesario replantear su alcance a la luz de la práctica de los Estados que requiere encontrar un equilibrio entre la soberanía del Estado y el respeto de los derechos humanos básicos que contempla el estándar mínimo de derechos del *ius migrationis*.

De especial relevancia es la práctica que se propone desde la UE y sus Estados miembros porque tiene un efecto amplificador de las medidas de control de la inmigración irregular y porque sirven de modelo a seguir a los países de origen y destino y limitan el derecho a abandonar un país si la persona carece de los títulos para una emigración regular. De esta manera, las medidas que los Estados de origen y tránsito adoptarían en el ejercicio de su soberanía a título individual pasan a integrarse *de facto* o por vía convencional en la política europea de gestión de fronteras. De igual modo, el Pacto Mundial por una Migración Segura, Ordenada y Regular ha visto cómo sus mayores logros son los que se prometen en el Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo de la UE, que con sus mejoras en la gestión conjunta de las fronteras haría posible una mayor contención de la emigración irregular. Si bien este fin puede justificar las excepciones al derecho a abandonar un país, no puede invocarse si no se respetan los derechos básicos de demandantes de asilo y refugiados y de menores no acompañados, así como los derechos humanos que asisten a toda persona en el marco de lo que debería ser un *Estado de*

⁵⁸ Aunque como consecuencia de la efectividad de los mecanismos de supervisión independiente sean objeto de controles por prácticas que podrían haber llevado a la violación de derechos, véase GUILD, E., «The Frontex Push-Back Controversy: Lessons on Oversight», *Blog of the Odysseus Network*, 19 de abril, <https://eumigrationlawblog.eu/the-frontex-push-back-controversy-lessons-on-oversight-part-i/>.

Derecho de las migraciones y que se reconocen en el estándar mínimo que todo Estado ha de reconocer a los nacionales de terceros Estados y apátridas.

Por ello, el desarrollo de las políticas migratorias de la UE y de sus Estados miembros ha tenido como efecto secundario la limitación del derecho a abandonar un país, en la medida en que este queda limitado por un creciente número de requisitos que sirven para canalizar la migración legal y para combatir la que no lo es. Dado que las vías para acceder a la migración legal son cada vez más restringidas y los controles migratorios y de la identidad de los ciudadanos extranjeros son cada vez más numerosos y eficaces, cabe preguntarse si el derecho de abandonar un país es un derecho humano universal o si por el contrario, siendo ya la excepción la regla, es un derecho cuyo disfrute está condicionado al carácter regular de la migración o a la existencia de motivos de carácter imperativo para poder solicitar el derecho de asilo, el estatuto de refugiado o la protección internacional.

RESUMEN

EL DERECHO HUMANO A ABANDONAR UN PAÍS, INCLUIDO EL PROPIO: LAS EXCEPCIONES A LA REGLA

El derecho a abandonar un país, incluido el propio, se encuentra recogido en el art. 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el art. 12 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. También lo incorpora el art. 2 del Protocolo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Este derecho está marcado tanto por su naturaleza de derecho humano necesario para el disfrute de derechos tales como el derecho a buscar asilo o refugio, como por las restricciones que los Estados pueden imponerle por razones de seguridad, orden público y control de la migración. Sin embargo, el derecho a abandonar un país no constituye un título jurídico suficiente para la elección del país de destino. Su concepción amplía cuando fue formulado por primera vez se ve ahora limitada por el establecimiento de excepciones y restricciones que restringen su alcance como consecuencia de políticas migratorias en las que los potenciales países de destino han colaborado con los países de origen y de tránsito para contener o para impedir la salida de las personas sin títulos jurídicos para emigrar regularmente. El número de las restricciones es tal que cabe preguntarse si las excepciones a la regla han menoscabado su contenido y su aplicación..

Palabras clave: derecho a abandonar un país, excepciones, restricciones, *soft law*, derechos humanos, Naciones Unidas, Consejo de Europa, Unión Europea.

ABSTRACT

THE HUMAN RIGHT TO LEAVE A COUNTRY, INCLUDING ONE'S OWN: EXCEPTIONS TO THE RULE

The right to leave a country, including one's own, is enshrined in Article 13 of the Universal Declaration of Human Rights and Article 12 of the International Covenant on Civil and Political Rights. It is also incorporated in Article 2 of Protocol 4 to the European Convention on Human Rights. This right is marked both by its nature as a human right necessary for the enjoyment of rights such as the right to seek asylum or refuge, and by the restrictions that states may impose on it for reasons of security, public order and migration

control. However, the right to leave a country does not constitute a sufficient legal entitlement for the choice of the country of destination. Its broad conception when it was first formulated is now limited by the establishment of exceptions and restrictions that restrict its scope as a consequence of migration policies in which potential destination countries have collaborated with countries of origin and transit to contain or prevent the departure of persons without legal qualifications to migrate regularly. The number of restrictions is such that it is reasonable to wonder whether the exceptions to the rule have diminished its content and applicability.

Keywords: right to leave a country, exceptions, restrictions, soft law, human rights, United Nations, Council of Europe, European Union.

LA COOPERACIÓN MIGRATORIA EN LA CONFIGURACIÓN DE LAS RELACIONES ENTRE ESPAÑA Y ÁFRICA SUBSAHARIANA

Jorge GARCÍA BURGOS*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. MIGRACIONES, DESLOCALIZACIÓN DE FRONTERAS Y CODESARROLLO.—3. LA IRRUPCIÓN DE LA MIGRACIÓN SUBSAHARIANA EN LA AGENDA POLÍTICA ESPAÑOLA.—4. LA AYUDA AL DESARROLLO COMO INSTRUMENTO DE EXTERNALIZACIÓN.—5. LA COOPERACIÓN MIGRATORIA DESPUÉS DEL CODESARROLLO.—6. REFLEXIONES FINALES.

1. INTRODUCCIÓN

En el ámbito de las ciencias sociales existe una cierta identificación de las migraciones con las fronteras. Esta identificación tiene algo de elemental desde el punto de vista epistemológico: se trata de dos conceptos que cobran sentido en torno a un mismo núcleo discursivo, el del Estado-nación, y responden, por tanto, a un cierto nacionalismo metodológico, es decir, a una forma de percibir, entender y estructurar la realidad en torno a límites estatales como continentes naturales de las relaciones sociales¹. Las fronteras cobran sentido para establecer el límite entre los de dentro y los de fuera, mientras que el migrante se convierte en tal en el momento en el que debe atravesar una frontera. La gestión de las migraciones y de las fronteras ha constituido, en este sentido, uno de los mecanismos esenciales de reproducción del Estado-nación, tanto en su dimensión territorial como identitaria.

Sin embargo, hay un sobredimensionamiento del imaginario sobre fronteras al abordar las cuestiones migratorias. Los medios de comunicación, los partidos políticos e incluso las ONG suelen ilustrar sus discursos sobre migraciones con historias de cruces fronterizos, muros y vallas en los que se

* Investigador de la línea de Migraciones, Género y Derechos Humanos del Instituto Universitario de Desarrollo y Cooperación de la Universidad Complutense de Madrid (jogarcia@ucm.es).

¹ GLICK SCHILLER, N. y WIMMER, A., «Methodological Nationalism and the Study of Migration», *European Journal of Sociology*, vol. 43, 2002, núm. 2, pp. 217-240.

franquea la seguridad de los Estados y se vulneran los derechos humanos de las personas. Esta identificación de las fronteras con los contornos nacionales es del todo discutible. Una buena parte de los cruces fronterizos se producen lejos de estos contornos, en los aeropuertos internacionales, pero además existen procesos de deslocalización de fronteras tanto en el interior como en el exterior de los países. Las fronteras internas afectan a los inmigrantes que ya han cruzado la demarcación territorial y se encuentran en destino, estableciendo normativas y construyendo discursos que limitan su acceso a la plena inclusión social. La externalización de fronteras consiste, fundamentalmente, en el establecimiento de acciones extraterritoriales que actúen como freno a la migración, principalmente a través de acuerdos con los países de origen y tránsito migratorio.

En el caso de España, la deslocalización, y particularmente la externalización de fronteras, ha sido un elemento fundamental de la política hacia el continente africano. A pesar de la escasa representación de personas provenientes de África Subsahariana en la inmigración española, las migraciones han tenido un fuerte impacto en la configuración de las relaciones hispano-africanas. Desde que en el año 2005 se difundieron las primeras imágenes de los saltos de vallas de Ceuta y Melilla, o un año después se produjera la llamada «crisis de los cayucos», España ha ido avanzando hacia un enfoque preventivo, en el que la cooperación internacional y la colaboración con terceros países ha jugado un papel central como freno a la inmigración.

En este artículo se revisan los distintos planes y programas de cooperación en materia migratoria que han puesto en marcha los distintos gobiernos españoles en los países africanos durante los últimos quince años. Se tomará como punto de partida el primer Plan África de 2006 (al que dan continuidad en 2009 y 2019 respectivamente el II y III Plan África), elaborado en el marco del debate sobre una política migratoria común para la Unión Europea (el entonces llamado «Enfoque Global»), entre cuyos pilares se encuentra la búsqueda de sinergias entre migraciones y desarrollo. Desde entonces, España ha implementado y apoyado un buen número de programas, principalmente en el Sahel y en el Magreb, en los que la Ayuda Oficial al Desarrollo (AOD) ha sido utilizada, de manera sistemática, como instrumento de contención de las migraciones. La hipótesis manejada es que, más allá del impacto conseguido con estos programas como freno a las migraciones, no siempre están en consonancia con los compromisos adquiridos por España en materia de cooperación para el desarrollo y respeto a los derechos humanos de las personas migrantes, que quedan en un segundo plano frente a las cuestiones relativas a la seguridad nacional.

2. MIGRACIONES, DESLOCALIZACIÓN DE FRONTERAS Y CODESARROLLO

La primera consideración que puede hacerse a propósito de la relación entre migraciones y fronteras es que se ha asumido un cierto reduccionismo

de la definición de «migración», pasando de significar cambio en el *lugar* de residencia a un cambio en el *país* de residencia². Sin embargo, hay muy poco de natural en esta categorización, que además es relativamente novedosa, cobrando relevancia a partir de la segunda mitad del siglo XX, en un contexto de posguerra mundial. Además de ser un momento de auge de la movilidad, con más de dos millones de desplazados en Europa por los efectos de la guerra, se trata de un momento histórico esencial para la redefinición de la idea de frontera, ante la descomposición de los imperios coloniales, la división del mundo en bloques durante la Guerra Fría o el surgimiento de instituciones multilaterales y procesos de integración regional³.

En los últimos treinta años y con el avance del proceso de globalización han surgido nuevos fenómenos que obligan a replantear la idea de frontera, tanto en sus dimensiones territoriales como identitarias⁴. El incremento de las migraciones internacionales de larga distancia y el establecimiento de comunidades diaspóricas *transnacionales* que se mantienen conectadas con sus países de origen, e incluso de tránsito⁵, son algunos de estos cambios, que afectan a los límites del Estado (y sus fronteras) como continente natural de las relaciones sociales⁶. En este contexto, los debates sobre la gestión de las fronteras, los acuerdos de movilidad, el establecimiento de visados o las políticas de integración constituyen algunas de las preocupaciones tanto de los países emisores como, especialmente, de los receptores de migración.

La forma tradicional de regular la movilidad internacional de las personas ha sido el establecimiento de controles, tanto físicos como administrativos, sobre la entrada al territorio nacional. La imagen de la frontera como muro, aunque solo representa a una mínima parte de las fronteras, sirve como ejemplo del primer tipo. Pero con el incremento de las formas de migración, también se han reforzado las maneras de controlar las entradas en los países, más allá de sus confines físicos, mediante el requerimiento de pasaportes, visados, contratos de trabajo, cartas de invitación, etc. El endurecimiento de las normas para la entrada de migrantes ha venido acompañado de un discurso sobre la seguridad en las fronteras, especialmente tras los atentados del 11 de septiembre de 2001⁷. Con el argumento de la lucha contra el terrorismo, el tráfico de armas y drogas, la trata de personas y otras formas de

² CASTLES, S., «La política internacional de la migración forzada», *Migración y desarrollo*, 2003, núm. 1, pp. 1-28.

³ TRILLO, J. M., «Fronteras y poder: una relación estrecha leída desde la geografía política», en BENDELAC, L. y GUILLERMO, M. (coords.), *La cooperación transfronteriza para el desarrollo*, Madrid, La Catarata, 2019, pp. 15-29.

⁴ VERTOVEC, S., «Migrant transnationalism and models of transformation», en PORTES, A. y DEWIND, J. (eds.), *Rethinking migration. New theoretical and empirical perspectives*, Nueva York-Oxford, Berghahn Books, 2009, pp. 149-180.

⁵ GLICK SCHILLER, N., BASCH, L. y SZANTON BLANC, C.: «From immigrant to transmigrant: theorizing transnational migration», *Anthropological Quarterly*, vol. 68, 1995, núm. 1, pp. 48-63.

⁶ TAYLOR, P., «The state as a container: territoriality in the modern world system», *Progress in Human Geography*, vol. 18, 1994, pp. 151-162.

⁷ ULLAH, A., HASAN, N., MOHAMAD, S. y CHATTORAI, D., «Migration and Security: Implications for Minority Migrant Groups», *India Quarterly: A Journal of International Affairs*, vol. 76, 2020, pp. 136-153.

crimen organizado transnacional, se han incrementado los controles sobre las condiciones de entrada en los países⁸. La eficacia de estos controles se refuerza con la mejora de las tecnologías, incorporando pasaportes digitales, bases de datos internacionales o mecanismos de colaboración entre policías⁹.

Junto con el endurecimiento de las normas y procedimientos relativos al control de los cruces fronterizos, se producen procesos de deslocalización de las fronteras, tanto hacia el interior de los países de destino como hacia los de origen y tránsito migratorio¹⁰. En un contexto caracterizado por el surgimiento de espacios transnacionales como resultado de la globalización y la interdependencia entre países implicados en los procesos migratorios, las fronteras pueden redefinirse, tanto espacial como simbólicamente, discutiéndose y negociándose entre todas las partes implicadas¹¹.

Es en este contexto donde se producen procesos de *internalización* y *externalización* de las fronteras. Algunos ejemplos de internalización de fronteras son las redadas contra personas migrantes, las limitaciones al disfrute de ciertos derechos, o la propia discriminación social. Se trata de «reglas escritas y no escritas, privilegios, prejuicios y actitudes que se incorporan en la sociedad local como principios orientadores conscientes e inconscientes en la relación con el extranjero»¹². A veces son construidas por los Estados, estableciendo controles sobre los permisos de trabajo y residencia de los inmigrantes o limitando su acceso a determinados servicios sociales, como la atención sanitaria¹³. En otras ocasiones es la propia sociedad la que levanta muros imaginarios, a través de los prejuicios, la discriminación social y el mantenimiento de una distancia prudencial con los migrantes, reproduciendo modelos de exclusión que en ocasiones pueden derivar incluso en segregación espacial¹⁴.

En cuanto a la externalización de las fronteras, se trata de un fenómeno en auge y que ya ha sido estudiado por otros autores como Sandra Gil Araujo¹⁵,

⁸ FAUSER, M., *Transnational Migration - A National Security Risk? Securitization of Migration Policies in Germany, Spain and the United Kingdom*, Varsovia, Centre for International Relations, 2006.

⁹ GARCÍA, J., «Migraciones y construcción de fronteras», en BENDELAC, L. y GUILLERMO, M. (coords.), *La cooperación transfronteriza para el desarrollo*, Madrid, La Catarata, 2019, pp. 118-129.

¹⁰ CUTTITTA, P., «Delocalization, Humanitarianism and Human Rights: The Mediterranean Border Between Exclusion and Inclusion», *Antipode*, vol. 50, 2017, pp. 783-803.

¹¹ HAWKINS, D., «Fronteras y límites: transnacionalismo y Estado Nación», *Boletín de Antropología*, vol. 22, 2008, pp. 132-158.

¹² BAGGIO, F., «Fronteras nacionales, internalizadas y externalizadas», en ANGUIANO, M. E. y LÓPEZ SALA, A. M. (eds.), *Migraciones y fronteras. Nuevos contornos para la movilidad internacional*, Barcelona, Icaria-CIDOB, 2010, pp. 49-73.

¹³ DOOMERNIK, J., «Del permiso a la prisión: una exploración multidisciplinar de las interacciones entre procesos migratorios e integración estatal», en ANGUIANO, M. E. y LÓPEZ SALA, A. M. (eds.), *Migraciones y fronteras. Nuevos contornos para la movilidad internacional*, Barcelona, Icaria-CIDOB, 2010, pp. 19-48.

¹⁴ MERA, G., «Pensar las categorías, pensar el Estado. Reflexiones en torno al concepto de segregación espacial de los inmigrantes», en PIZARRO, C. (coord.), *Migraciones internacionales contemporáneas. Estudios para el debate*, Buenos Aires, Ediciones Ciccus, 2011, pp. 143-160.

¹⁵ GIL ARAUJO, S., «Deslocalizar los muros de Europa. Los países de origen y tránsito de inmigrantes en el control migratorio de la Unión Europea», *Revista Temas de Antropología y Migración*, 2011, núm. 2, pp. 9-33.

Georgia Papagianni¹⁶, Mark Akkerman¹⁷ o Susana Ferreira¹⁸, entre otros. Supone la implementación de políticas migratorias por parte de los países receptores en los países de origen y de tránsito. Entre las más frecuentes se encuentran la condicionalidad de la adopción de acuerdos económicos y de cooperación para el desarrollo a la implicación en la gestión de las migraciones; la firma de acuerdos de repatriación a cambio de cuotas de migración laboral; la colaboración policial con los países de origen y tránsito, o la creación de centros de internamiento y campos para demandantes de asilo en terceros países¹⁹.

Un elemento de gran ayuda en los procesos de externalización de fronteras ha sido el llamado *codesarrollo*. A medio camino entre los ámbitos de las migraciones y de la cooperación internacional, el término fue presentado por Sami Nair en 1997 al gobierno francés, para proponer un modelo de gestión consensuada de las migraciones entre países de origen y destino, de manera que ambos puedan beneficiarse de los flujos migratorios en términos de desarrollo²⁰.

A pesar de las críticas recibidas y del desuso en el que ha caído en los últimos años, el concepto gozó de una gran popularidad durante la primera década del siglo XXI. Como señala Joan Lacomba, el codesarrollo puede entenderse desde, al menos, cinco maneras diferentes: como cooperación para el desarrollo en zonas de emigración, como cooperación con participación de los migrantes, como cooperación hecha por los propios inmigrantes, como conjunto de iniciativas que tratan de promover el vínculo entre migración y desarrollo, o como un enfoque metodológico²¹. Esta imprecisión del término ha servido para legitimar prácticamente cualquier acción relacionada con las migraciones desde un enfoque transnacional, en nombre de sus supuestos beneficios para el desarrollo.

El codesarrollo ha sido utilizado de manera recurrente como un instrumento al servicio de la externalización de fronteras, conjugando los esfuerzos en materia de cooperación para el desarrollo con los países de origen y tránsito de migrantes, con otros propios del control fronterizo y la lucha contra la migración irregular, poniendo de manifiesto el conflicto existente

¹⁶ PAPAGIANNI, G., «Forging an External EU Migration Policy: From Externalization of Border Management to a Comprehensive Policy?», *European Journal of Migration and Law*, vol. 15, 2013, pp. 283-299.

¹⁷ AKKERMAN, M., *Expanding the fortress. The policies, the profiteers and the people shaped by EU's border externalization programme*, Amsterdam, TNI, 2018.

¹⁸ FERREIRA, S., *Human Security and Migration in Europe's Southern Borders*, Cham, Palgrave Macmillan, 2019.

¹⁹ NARANJO, G. E., «Desterritorialización de fronteras y externalización de políticas migratorias. Flujos migratorios irregulares y control de fronteras exteriores en la frontera España-Marruecos», *Estudios Políticos*, 2014, núm. 45, pp. 13-32.

²⁰ NAIR, S., *Rapport de bilan et d'orientation sur la politique de codéveloppement liée aux flux migratoires*, París, Mission interministérielle migrations-codéveloppement, 1997.

²¹ LACOMBA, J., «El codesarrollo. Debilidades y fortalezas de una idea y su práctica», en COORDINADORA D'ONGD I ALTRES MOVIMENTS SOLIDARIS DE LLEIDA, *Migraciones y Desarrollo: el codesarrollo del discurso a la práctica*, Barcelona, Anthropos, 2010, pp. 37-57.

entre seguridad nacional y seguridad humana al abordar las cuestiones migratorias²². Mientras que la seguridad nacional hace referencia a la soberanía de los Estados, estando directamente relacionada con la protección de las fronteras, el término *seguridad humana*, acuñado en 1994 por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), se centra en la protección de las personas y las comunidades²³, cobrando una relevancia central el respeto de los derechos humanos²⁴.

Las políticas de externalización tienden a obviar las obligaciones asumidas en materia de respeto a los derechos humanos, al realizarse con una cierta opacidad y falta de garantías para las personas migrantes; pero también socavan los compromisos adquiridos en materia de cooperación, al condicionar la ayuda al establecimiento de controles migratorios. Las cuestiones relativas a la seguridad nacional y el control fronterizo suelen ser prioritarias frente a aquellas relacionadas con la seguridad humana. El caso de la cooperación de España con los países del África Subsahariana constituye un caso paradigmático en este sentido.

3. LA IRRUPCIÓN DE LA MIGRACIÓN SUBSAHARIANA EN LA AGENDA POLÍTICA ESPAÑOLA

De los 5.434.153 extranjeros residentes en España en 2020, 1.193.407 son nacionales de un país africano. Si se excluyen los países del norte de África²⁵, la cantidad desciende considerablemente, hasta las 253.441 personas²⁶, una cifra alejada de las 1.479.619 personas provenientes de países latinoamericanos o las 500.009 procedentes de Asia. A pesar de tratarse de un número relativamente bajo de personas, las migraciones han tenido un fuerte impacto en la configuración de las relaciones hispano-africanas, entre las que se incluyen las políticas de cooperación en materia migratoria, pero también las de cooperación para el desarrollo.

En este proceso jugó un papel importante la cobertura por parte de los medios de comunicación de determinados acontecimientos relacionados con la inmigración africana, como los asaltos a las vallas de Ceuta y Melilla en octubre de 2005 y la llamada «crisis de los cayucos» en agosto de 2006. La relevancia que se les dio a estos temas en la prensa española no siempre se co-

²² PECAUD, A. y GUCHTENEIRE, P.: «Migración sin fronteras: una investigación sobre la libre circulación de personas», *Migraciones Internacionales*, vol. 3, 2005, núm. 2, pp. 137-166.

²³ MAHNUD, H., QUAISAR, M. H., SABUR, M. A. y TAMANA, S., «Human Security or National Security: the Problems and Prospects of the Norm of Human Security», *Journal of Politics and Law*, vol. 1, 2008, núm. 4, pp. 67-72.

²⁴ RAMCHARAN, B., *Human rights and human security*, La Haya, Kluwer Law International, 2002.

²⁵ A efectos de este cálculo, se incluyen como países del norte de África a Marruecos, Argelia, Túnez y Egipto. No se ha considerado Libia, al ser una nacionalidad que no aparece desglosada en las cifras de población del INE, sino que se agrupa bajo el epígrafe general «resto de África», en el que se contabilizan un total de 5.649 personas.

²⁶ Una cifra que se reduciría más todavía (hasta las 245.049 personas) si se excluye a las 8.082 personas de nacionalidad mauritana.

rrespondió con su verdadera magnitud demográfica, entrando en juego otras cuestiones más relacionadas con lo identitario. Por ejemplo, las llegadas en cayucos a las costas canarias supusieron un porcentaje muy pequeño (en torno a un 5 por 100) de las entradas de inmigrantes a España en ese año²⁷, pero su visibilización y el tratamiento mediático recibido llevó a que, por primera vez en la historia, la migración fuera percibida en el barómetro del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) de septiembre de 2006 como el principal problema de los españoles, por encima incluso del paro²⁸. Lorenzo Cachón se ha referido, de manera más precisa, a este periodo como la «crisis del miedo a los cayucos»²⁹.

La respuesta política a estas crisis vino de la mano de los Planes África. El primer Plan África (2006-2009) se enmarca en el debate sobre la elaboración de una política migratoria común para todos los países de la Unión Europea (el llamado Enfoque Global de la Migración y la Movilidad). Se trataba de avanzar hacia un enfoque preventivo, en el que la cooperación internacional y la colaboración con los gobiernos de origen y tránsito de los migrantes jugaran un papel central como freno a la inmigración. En la misma línea, España participa en la Conferencia Ministerial Euroafricana sobre Migración y Desarrollo celebrada en Rabat en julio de 2006. El objetivo del Plan de Acción resultante de la conferencia fue el de promover la migración regular de acuerdo con el análisis de la situación demográfica, social y económica de los países de origen y los de destino, así como las capacidades de acogida de estos últimos. La Fundación Internacional y para Iberoamérica de Administración y Políticas Públicas (FIIAPP) fue la encargada de poner en marcha y dar seguimiento a la implementación del Plan.

Es preciso notar que no es esta la primera vez que se establecen acuerdos con terceros países para contener los flujos migratorios Marruecos fue el primer Estado africano con el que España firmó, en 1992, un acuerdo relativo a la circulación de personas en tránsito y la readmisión de extranjeros entrados irregularmente. Este acuerdo permite devolver a Marruecos no solo a ciudadanos marroquíes, sino también a personas de terceros países que hayan llegado atravesando el país. Igualmente, desde noviembre de 2003 está en funcionamiento el Grupo de Trabajo Permanente Hispano Marroquí, entre cuyos objetivos se encuentran el monitoreo de los flujos migratorios y el refuerzo del trabajo conjunto para el control de fronteras y la lucha contra la migración irregular, y que desde 2004 realiza patrullas marítimas conjuntas.

Sin embargo, durante el periodo de implementación del Plan África se intensificaron las relaciones bilaterales con los países de origen de los migrantes, aportando una dimensión exterior a las políticas migratorias. Prin-

²⁷ RODIER, C., *El negocio de la xenofobia. ¿Para qué sirven los controles migratorios?*, Madrid, Clave Intelectual, 2013.

²⁸ RODRÍGUEZ, R. y MENA, N., «Opinión Pública y frames: La crisis de los cayucos», *Revista Latina de Comunicación Social*, 2008, núm. 63, pp. 341-347.

²⁹ CACHÓN, L., *La «España inmigrante»: marco discriminatorio, mercado de trabajo y políticas de integración*, Madrid, Anthropos, 2009.

principalmente se firmaron acuerdos con países de África Occidental que complementaban a los alcanzados previamente con otros países de tránsito del continente, como el *Acuerdo sobre mano de obra entre el Reino de España y el Reino de Marruecos* firmado con Marruecos en 2001, el *Protocolo entre el Gobierno de España y el Gobierno de la República Argelina Democrática y Popular sobre circulación de personas* de 2002, el *Acuerdo sobre readmisión de personas en situación irregular* alcanzado en 2002 con Guinea-Bissau y el *Acuerdo entre el Reino de España y la República Islámica de Mauritania, en materia de inmigración* de 2003.

Mientras que los acuerdos anteriores eran concebidos como instrumentos aislados para la gestión de aspectos puntuales de las migraciones —principalmente la circulación de trabajadores y la repatriación de personas en situación irregular—, los «Acuerdos Marco» o de «Nueva Generación» proponían un abordaje integral de las cuestiones migratorias, buscando establecer vínculos efectivos entre migraciones y desarrollo³⁰. Los primeros fueron el *Acuerdo Marco de cooperación en materia de inmigración entre el Reino de España y la República de Gambia* y el alcanzado con Guinea Conakry, ambos en octubre de 2006, a los que se suman los acuerdos con Cabo Verde (marzo de 2007), Mali (enero de 2007), Níger (mayo de 2008) y Guinea-Bissau (enero de 2008). A estos acuerdos se les deben añadir los Memorandos de Entendimiento para luchar contra la inmigración ilegal entre España y Ghana de 7 de diciembre de 2005 y entre España y Senegal de 24 de agosto de 2006. Se trata de acuerdos considerablemente flexibles como para facilitar la puesta en marcha de acciones conjuntas; sin embargo, tienen un bajo perfil público. Esta opacidad permite mantener en secreto los datos y, en algunas ocasiones, la vulneración de los derechos humanos para reducir y evitar críticas y denuncias. Uno de los casos más evidentes es el del acuerdo entre España y Senegal, mantenido de manera informal y nunca publicado, por el cual Senegal se compromete, entre otras cosas, a readmitir a los migrantes interceptados en España o en tránsito hacia las Islas Canarias, sean estos senegaleses o de terceros países³¹.

El Plan África se suma a otras iniciativas españolas de cooperación con países africanos para la externalización de fronteras, como el proyecto Atlantis, puesto en marcha en 2006 para facilitar la colaboración entre la Guardia Civil y la Gendarmería de Mauritania, o el primer proyecto SeaHorse (2006-2008), gestionado por el Ministerio del Interior y dirigido a establecer cauces de cooperación policial con distintos países africanos (Marruecos, Mauritania, Senegal, Cabo Verde). El proyecto SeaHorse tuvo dos fases adicionales, la Red SeaHorse (2008-2009), formada para intercambiar información por satélite entre puntos de contacto, y los Centros de Coordinación SeaHorse (2009-2010), que amplía la red a países como Gambia o Guinea-Bissau, y

³⁰ ASÍN CABRERA, M. A., «Los acuerdos bilaterales suscritos por España en materia migratoria con países del continente africano: especial consideración de la readmisión de inmigrantes en situación irregular», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2008, núm. 10, pp. 165-188.

³¹ GABRIELLI, L., «La externalización europea del control migratorio, ¿la acción española como modelo?», *Anuario CIDOB de la Inmigración*, 2017, pp. 126-152.

transforma los puntos de contacto locales en una red de Centros de Coordinación para el monitoreo e interceptación de embarcaciones ilegales³².

Una de las críticas más frecuentes que se han realizado al Plan África es la de subordinar la AOD a la lucha contra la inmigración irregular. Más aún, los países prioritarios para el Plan África no coinciden con los países africanos priorizados en el II Plan Director de la Cooperación Española, vigente en ese momento³³, sino que se trataba de países estratégicos para la gestión de los flujos migratorios³⁴. Como indican Jokin Alberdi y Eduardo Bidaurratza³⁵, los acuerdos establecidos por España «instauran una nueva modalidad de condicionalidad que, a cambio de la colaboración en la repatriación de emigrantes ilegales o el mayor control en sus países de origen, promete un incremento de la ayuda y de las inversiones».

4. LA AYUDA AL DESARROLLO COMO INSTRUMENTO DE EXTERNALIZACIÓN

A la vez que se utilizaba la AOD como instrumento al servicio de las políticas migratorias, las cuestiones migratorias entraban en la planificación estratégica de la Cooperación Española en forma de *codesarrollo*. Ya en el periodo 2000-2004 entró en vigor el Programa Global de Regulación y Coordinación de la Extranjería (GRECO), entre cuyas medidas se encuentra el «codesarrollo de los países de origen y tránsito de los inmigrantes», orientado esencialmente hacia el retorno productivo de los migrantes a sus países de origen³⁶. El codesarrollo aparece también como una de las secciones del Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración 2007-2010, y en el II y III Plan Director de la Cooperación Española —coincidentes, respectivamente, con el primer y segundo Plan África—.

Bajo el paraguas del codesarrollo, la Cooperación Española llevó a cabo distintas iniciativas en África Subsahariana, y especialmente en los países prioritarios del Sahel. Entre las experiencias desarrolladas, cabe mencionar el proyecto REDEL (Remeses i Desenvolupament Local), implementado entre 2006 y 2007 por el Fons Català de Cooperació al Desenvolupament (FCCD) y financiado por la Agencia Española de Cooperación Internacional

³² ALTUNA, S., «La contribución española actual a la lucha contra el terrorismo en el Sahel», *Real Instituto Elcano*, ARI 116/2028.

³³ De los países incluidos en el Plan África, solo Mauritania, Cabo Verde y Senegal eran países de interés prioritario para la cooperación.

³⁴ AZKONA, N. y SAGASTAGOITIA, J., *Políticas de control migratorio y de cooperación al desarrollo entre España y África Occidental durante la ejecución del primer Plan África*, Bilbao, Fundación Alboan y Fundación Entreculturas, 2011.

³⁵ ALBERDI, J. y BIDAURRATZAGA, E., «La nueva política exterior y de cooperación de España con el continente africano. El asociacionismo interesado del Plan África», *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, 2008, núm. 84, pp. 201-220.

³⁶ Algunas medidas al respecto serían los cursos de formación para convertirse en agentes de desarrollo, la ayuda a la reinserción en origen, la orientación del ahorro hacia actividades productivas, o la concesión de microcréditos y asistencia técnica en los países de origen.

para el Desarrollo (AECID) como proyecto piloto en Senegal, para promover la integración de los migrantes y el desarrollo de sus comunidades de origen a través de las remesas y las microfinanzas.

Sin olvidar el enfoque preventivo contra la migración irregular, y como parte de los acuerdos negociados con Senegal en materia migratoria, en 2007 se concedió al país un crédito reembolsable del Fondo de Ayuda al Desarrollo (FAD) de 20 millones de euros, la mitad de los cuales irían dirigidos al Plan de Retorno a la Agricultura (REVA) puesto en marcha por el entonces presidente Wade. El Plan se había iniciado un año antes, con el fin de ofrecer alternativas de arraigo a la población rural, posibilidades de retorno a los emigrados y oportunidades de reinserción a los migrantes clandestinos³⁷.

La AECID financió también el primer convenio general de MPDL sobre codesarrollo (2007-2011), en el que se integraban acciones en distintos países implicados en los procesos migratorios hacia España, entre los que se encontraban Marruecos, Malí, Níger y otros países limítrofes como Senegal, Mauritania y Burkina Faso. La mayor parte del trabajo se concentró en Mali, donde en 2008 y en el marco de implementación del Plan de Acción de Rabat, España apoyó a través de la AECID y el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales la puesta en marcha en del CIGEM (Centre d'Information et Gestion des Migrations), financiado por el Fondo Europeo de Desarrollo como centro de consulta para migrantes y refugiados africanos, con el fin de luchar contra la migración irregular.

Durante los años siguientes, el codesarrollo ganó presencia en el ámbito de la cooperación gubernamental para el desarrollo, hasta el punto de que el binomio «migración y desarrollo» fue incluido como una de las prioridades sectoriales del III Plan Director de la Cooperación Española (2009-2012). En este mismo periodo entra en vigor el II Plan África, muy similar en cuanto a objetivos y planteamiento general a su predecesor, pero con un desarrollo muy diferente como consecuencia de los cambios en el contexto tanto español como internacional, marcados por la crisis económica y financiera y la pérdida de relevancia de la cooperación española para el desarrollo. Sin embargo, y como se verá a continuación, la cooperación migratoria no se detuvo con la caída de la AOD, evidenciando que la seguridad nacional tiene un papel privilegiado frente a la seguridad humana cuando se trata de gestionar las migraciones.

5. LA COOPERACIÓN MIGRATORIA DESPUÉS DEL CODESARROLLO

Si durante la implementación del primer Plan la AOD española siguió un aumento progresivo (en el caso de África Subsahariana, de más del 200 por

³⁷ MARTÍNEZ, E. y RIVERO, J., «Desarrollo local y migración: el caso del plan REVA en Senegal», en RODRÍGUEZ, M. (ed.), *Cooperación para el desarrollo, migraciones y economías locales*, Madrid, Fundación Carolina-CeALCI, 2010.

100 entre 2004 y 2008), el segundo plan se aplica en un contexto de crisis económica y reducción progresiva de la AOD. Con la reducción de los fondos destinados a la cooperación, el codesarrollo también fue desapareciendo de las agendas, ocupando su lugar los programas de retorno voluntario productivo del Ministerio de Trabajo³⁸.

Aun así, la ayuda dirigida a la cooperación policial se mantuvo en aumento durante este periodo, dando continuidad a las políticas de externalización de las fronteras españolas y consiguiendo reducir casi en su totalidad las llegadas de cayucos a las Islas Canarias³⁹. Con el cese de las llegadas de cayucos y el declive del codesarrollo, el proyecto SeaHorse dio paso a los proyectos West Sahel (2011 y 2013) y West Sahel II (2014-2016), que llevan las actividades conjuntas iniciadas en el ámbito marítimo hacia el interior de los países socios (siendo los socios principales Mauritania, Senegal y Malí, junto con otros participantes como Níger, Cabo Verde, Gambia, Guinea-Bissau y Guinea Conakry), para interceptar las rutas terrestres.

Entre 2017 y 2019 se desarrolló el proyecto Blue Sahel, de 36 meses de duración, coordinado por la Guardia Civil junto con los participantes en las distintas fases de SeaHorse y West Sahel, y entre cuyas acciones se encuentran la creación de patrullas transfronterizas en los países asociados, la realización de acciones formativas para la vigilancia de fronteras fluviales y marítimas, la creación de unidades de inteligencia, y el reforzamiento de la cooperación mutua entre los cuerpos policiales implicados. En marzo de ese mismo año, da comienzo el programa GAR-SI Sahel (Grupos de Acción Rápida de Vigilancia e Intervención en el Sahel), gestionado por la FIIAPP, cuya finalidad es la de formar unidades especializadas para la lucha contra las migraciones irregulares en Burkina Faso, Chad, Malí, Mauritania y Níger.

Entre 2017 y 2019 se desarrollan igualmente los proyectos ECI-Níger (Equipo Conjunto de Investigación), coordinado por la Policía Nacional de España junto con las de Francia y Níger para la lucha contra las redes de inmigración irregular, el tráfico y la trata de personas; y el proyecto Al Ksar, en el que la Guardia Civil proporciona asesoría y formación en materia de seguridad aeroportuaria y vigilancia de fronteras a la Gendarmería Nacional de Mauritania.

Habrá que esperar hasta el año 2019 para que se apruebe un tercer Plan África. En esta ocasión, el componente de promoción del desarrollo y lucha contra la pobreza pierde protagonismo frente a las cuestiones relacionadas con la seguridad⁴⁰. La gestión de la movilidad continúa presente como uno de

³⁸ Ni en el IV ni en el V Plan Director de la cooperación se hace alusión alguna al término.

³⁹ AZKONA, N., *La coherencia de los Planes África a examen: la relación entre los flujos de migración y los fondos de cooperación al desarrollo entre África Occidental y la Unión Europea*, Leioa, Tesis Doctoral, Universidad del País Vasco, 2013.

⁴⁰ Frente a los tres objetivos relacionados directamente con el desarrollo que incluía el II Plan África, el III Plan África incluye únicamente uno, «la promoción del desarrollo sostenible impulsado por un crecimiento económico inclusivo y generador de empleo y oportunidades para la joven población

los cuatro objetivos estratégicos. En su redacción⁴¹, se explicita el vínculo que la colaboración con países de origen y tránsito tiene con la Agenda 2030 y con el Pacto Mundial de las Migraciones. Entre las líneas de acción propuestas en este sentido, aparece tímidamente el codesarrollo, junto con otras relacionadas con las asociaciones de movilidad o la mejora de las capacidades de los países africanos en la lucha contra la migración irregular.

A los acuerdos alcanzados con los países subsaharianos se les deben añadir los firmados con países de tránsito, el último de ellos con Marruecos en febrero de 2019. Los números dejan entrever la eficacia, al menos en el corto plazo, de este tipo de medidas⁴²: los datos del Ministerio del Interior indican que las entradas de migrantes irregulares se redujeron en un 49,4 por 100 entre enero y diciembre de 2019, 49,3 por 100 entre enero y septiembre de 2019, y el 59,9 por 100 si solo se incluyen las llegadas a la península y Baleares. Sin embargo, las llegadas por vía marítima a Canarias se duplicaron⁴³. Esta tendencia se ha mantenido en el año 2020⁴⁴, en un contexto marcado por los confinamientos y cierres de fronteras: mientras que se redujeron las llegadas a la península y Baleares en un 24 por 100 (así como las entradas por Ceuta y Melilla), la migración irregular hacia las Islas Canarias aumentó en un 756,8 por 100.

Estos datos evidencian cómo el incremento de los controles migratorios, incluyendo aquellos impuestos en los países de tránsito y origen, puede bloquear la movilidad a través de una determinada ruta, pero difícilmente constituirá un freno a las migraciones. Los migrantes buscarán nuevas formas de rebasar las fronteras, tomando opciones más difíciles y peligrosas, y a pesar del alto coste que puedan tener en términos de seguridad humana. A esto se deben añadir la falta de sostenibilidad en el largo plazo de un modelo que confía el control de las migraciones a terceros países, como se ha visto durante el mes de mayo de 2021 a propósito de la crisis diplomática desencadenada entre España y Marruecos, en la que la migración fue utilizada por parte del país norteafricano como moneda de cambio, sin importar los derechos humanos ni la seguridad de las personas implicadas.

6. REFLEXIONES FINALES

Aunque los subsaharianos representan un porcentaje pequeño de los inmigrantes en España, la mediatización de las entradas de migrantes irregula-

de África», eliminando las alusiones a la lucha contra la pobreza y la cooperación cultural al servicio del desarrollo.

⁴¹ «Apoyar una movilidad ordenada, regular y segura, en línea con lo dispuesto en la Agenda 2030 y el Pacto Global de migraciones, tanto en los países de tránsito como en los de origen».

⁴² Los datos del Ministerio del Interior indican que las llegadas por vía marítima a España se redujeron en un 49,3 por 100 entre enero y septiembre de 2019, que aumentaría hasta el 52,7 por 100 si solo se incluyen las llegadas a la península y Baleares.

⁴³ Ministerio del Interior: Inmigración irregular 2019. Datos acumulados del 1 de enero al 31 de diciembre.

⁴⁴ Ministerio del Interior: Inmigración irregular 2020. Datos acumulados del 1 de enero al 31 de diciembre.

res al país ha tenido importantes implicaciones en la política española hacia el continente. Esta se ha dirigido principalmente a la reducción de las llegadas, ya sea a través del refuerzo de los controles fronterizos o externalizando las fronteras hacia terceros países. En este proceso, la AOD se ha puesto, de manera recurrente, al servicio de las políticas de control y ordenación de los flujos migratorios.

A pesar de lo inquietante que resulta el vínculo entre el codesarrollo y la seguridad fronteriza, hay varios aspectos rescatables de la experiencia española. En un tiempo relativamente breve, se ha puesto en marcha una política exterior hacia África. Además, se ha buscado un enfoque integral en el abordaje de las migraciones, prestando atención tanto a sus efectos como a sus causas. Por último, y tal vez más importante, se han establecido acuerdos de cooperación migratoria con los países de origen, fundamentales para lograr una gestión ordenada de los flujos.

Sin embargo, algunos autores se han preguntado por el estatus jurídico de la gestión exterior de fronteras a través de estos acuerdos, que incluyen un grado alto de intervención de fuerzas de seguridad extranjeras en un tercer país⁴⁵. Otras cuestiones que quedan en entredicho son las implicaciones que estas prácticas tienen para los derechos humanos de las personas migrantes, dada la indefinición de normas y procedimientos relativas a cuestiones como la protección internacional o el derecho en los casos en que existen diferencias entre las legislaciones de los países implicados.

Por otra parte, el uso de la AOD al servicio del control migratorio pone en duda la coherencia de las políticas españolas para el desarrollo, entendida como «la integración de la perspectiva de desarrollo en el diseño, implementación y evaluación de las políticas estatales, tanto domésticas como internacionales, de los diferentes países»⁴⁶. El reto consiste en dar una mayor coherencia al modelo, avanzando desde los enfoques *securitarios* hacia los más *desarrollistas*, y poniendo en el centro la protección de los derechos humanos y la seguridad de las personas migrantes. La coyuntura internacional no puede ser más oportuna, con la inclusión de las migraciones en la Agenda 2030, la firma por parte de España del *Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular*, o el necesario replanteamiento de las relaciones exteriores y transfronterizas en el contexto poscovid. Los asuntos migratorios solo podrán gestionarse de manera adecuada desde el multilateralismo y la cooperación en materia migratoria.

Un buen punto de partida puede ser el de rescatar el codesarrollo, pero esta vez desde un enfoque horizontal que sirva para coordinar a los distintos actores implicados en los procesos migratorios, tanto en los países de origen

⁴⁵ CASAS-CORTES, M., COBARRUBIAS, S. y PICKLES, J., «Fronteras cambiantes, soberanías desplazadas. En defensa del derecho a migrar», en FERNÁNDEZ SOLA, N. (coord.), *Fronteras del siglo XXI. ¿Obstáculos o puentes?*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 25-43.

⁴⁶ MILLAN, N., SANTANDER, G., AGUIRRE, P. y GARRIDO, A., *La coherencia de políticas para el desarrollo en España. Mecanismos, actores y procesos*, Madrid, Editorial 2015 y Más, 2012.

como en los de destino, incluyendo a las comunidades diaspóricas y las asociaciones de migrantes. De esta manera se podrán dinamizar modelos de desarrollo sostenibles en el tiempo, en los que las migraciones estén al servicio del desarrollo y no al revés.

RESUMEN

LA COOPERACIÓN MIGRATORIA EN LA CONFIGURACIÓN DE LAS RELACIONES ENTRE ESPAÑA Y ÁFRICA SUBSAHARIANA

En este artículo se revisan los distintos planes y programas de cooperación en materia migratoria que han implementado los gobiernos españoles en los países africanos durante los últimos quince años. De manera recurrente, la ayuda al desarrollo (especialmente en forma de codesarrollo) ha sido utilizada como un instrumento de contención para las migraciones y al servicio de la externalización de fronteras, entendida esta como el establecimiento de acciones extraterritoriales que actúen como freno a la migración a través de acuerdos con los países de origen y tránsito migratorio. La hipótesis manejada es que, más allá de los resultados alcanzados, estos programas no siempre están en consonancia con los compromisos adquiridos por España en materia de cooperación para el desarrollo y respeto a los derechos humanos, que quedan en un segundo plano frente a las cuestiones relativas a la seguridad nacional.

Palabras clave: migraciones, fronteras, deslocalización, externalización de fronteras, cooperación internacional, codesarrollo, seguridad humana, África Subsahariana.

ABSTRACT

MIGRATORY COOPERATION IN THE RELATIONSHIP BETWEEN SPAIN AND SUB-SAHARAN AFRICA

This paper reviews the different cooperation plans on migration that have been implemented by the different Spanish governments in African countries during the last 15 years. On a recurring basis, development aid (specially in the form of co-development) has been used as an instrument of migration containment and at the service of border externalization, understood to establish of extraterritorial actions that act as a stoppage for migrations mainly through agreements with the countries origin and migratory transit. The hypothesis used is that beyond the achieved results, these programs are not always in line with the commitments made by Spain in terms of cooperation for development and respect for human rights, which remain in the background compared to matters relating to national security.

Keywords: migrations, borders, offshoring, externalization of borders, international cooperation, co-development, human security, Sub-Saharan Africa.

LOS PROCESOS PROBATORIOS DE SOLICITUDES DE ASILO POR ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO EN EUROPA: ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Víctor Luis GUTIÉRREZ CASTILLO*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EVOLUCIÓN DE LA TUTELA DE LA ORIENTACIÓN SEXUAL EN EUROPA: DE LA PENALIZACIÓN DE LA HOMOSEXUALIDAD A LA SANCIÓN DE LA HOMOFOBIA.—3. LA PROTECCIÓN DE LA ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO EN EL MARCO DEL DERECHO EUROPEO DE ASILO.—4. LA PROTECCIÓN DE LA DIGNIDAD Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD COMO LÍMITE EN LOS PROCESOS PROBATORIOS PARA LA OBTENCIÓN DEL ESTATUTO DE REFUGIADO POR ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO.—4.1. Algunas reflexiones sobre la dificultad de la prueba.—4.2. El principio de libertad de prueba en los procesos probatorios de asilo.—4.3. Las pruebas prohibidas a la luz de la jurisprudencia europea.—5. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

La palabra asilo, de origen griego, significa textualmente «sin captura, sin violencia, sin devastación». El origen del término y las primeras instituciones que pueden equipararse a lo que hoy conocemos por tal, tuvieron un componente eminentemente religioso. Tanto en la tradición germánica como en la románica, los dos grandes lugares de culto eran considerados como inviolables, otorgándose protección a las personas que accedían a los mismos. Los historiadores coinciden en citar la revocación del Edicto de Nantes por Luis XIV en 1685, como el hito que marca el comienzo de la tradición europea moderna en materia de asilo¹. Sin embargo, no sería hasta la Revolución francesa cuando

* Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Jaén (vlguti@ujaen.es). Estudio realizado en el marco del Grupo de investigación consolidado SEJ-399 «Derecho común europeo y estudios internacionales» del SICA. Todas las páginas en línea han sido consultadas el 7 de junio de 2021.

¹ GRAHL-MADSEN, A., «The European tradition of asylum and the development of refugee Law», *Journal of Peace Research*, vol. 3, 1966, núm. 3, pp. 278-289.

esta institución adquiriera un carácter laico. En 1789, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano proclama la resistencia a la opresión como parte de los derechos «naturales e imprescriptibles del hombre». Poco tiempo después, la Constitución francesa de 24 de junio de 1793 iría más lejos y afirmarí­a expresamente que el pueblo francés «otorga asilo a los extranjeros expulsados de su patria por la causa de la libertad», convirtiéndolo así en una prerrogativa del Estado².

Aunque con el movimiento liberal del siglo XIX surge la idea de que el derecho de asilo no está fundado en la soberanía territorial sino en los derechos fundamentales de los individuos, es el siglo XX el que supone un hito en la evolución de esta materia, siendo el Derecho internacional el que, con cada vez mayor frecuencia, proclama al individuo destinatario directo de sus normas. De hecho, el derecho a buscar asilo se reconoce expresamente en el art. 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, especificándose más tarde en la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967, así como en otros textos internacionales de carácter regional. Piénsese, por ejemplo, en el art. 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, el art. 27 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, el art. 12 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 (Carta de Banjul) o el art. 18 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante CDFUE), textos todos ellos en los que se reconoce expresamente este derecho.

La definición de refugiado se concibió en sus orígenes con una dimensión política y con carácter neutro, no reconociéndose su protección en función del género, orientación sexual o identidad de género de las personas. Es por ello que, tradicionalmente se ha excluido de los beneficios del estatuto de refugiado al colectivo de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales (LGTBI). Sin embargo, a partir de la década de los noventa, el constante éxodo de homosexuales cuyos derechos y libertades eran violados en sus respectivos países de origen motivó un cambio de actitud en instancias nacionales e internacionales. Esto explica que la Organización de Naciones Unidas (ONU) comenzara a integrar en su agenda la cuestión de la orientación sexual y la identidad de género, como ha quedado reflejado en las iniciativas de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH)³ o del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), organismo este que publicaría una nota en el 2002 por la que consideraba relevante para la solicitud de asilo la persecución motivada por la orientación sexual⁴.

² CHEMIN, A., «L'asile, un naufrage européen», *Europe solidaire sans frontières*, París, 2015, pp. 1-5.

³ ACNUDH, *Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General. Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género* (A/HRC/19/41), en línea https://www.ohchr.org/documents/issues/discrimination/a.hrc.19.41_spanish.pdf.

⁴ ACNUR, *Directrices sobre protección internacional. La persecución por motivos de género en el contexto del art. 1A (2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967* (HCR/GIP/02/0), Ginebra, ACNUR, 7 mayo de 2002.

En este sentido, cabe señalar que desde los diferentes mecanismos de protección existentes a nivel internacional y regional se viene instando a los Estados a cumplir con sus compromisos en materia de derechos humanos, apelando a la derogación de leyes que sancionen la orientación sexual y su identidad de género y rechazando los intentos de mantenerlas por razones culturales o de moral pública. Asimismo, se ha emplazado a los gobiernos a la adopción de medidas para prohibir y perseguir los actos de violencia e incitación a la violencia contra este colectivo⁵. Sin embargo, a pesar de estos llamamientos las violaciones de derechos y libertades de este colectivo siguen siendo continuas, como así ha denunciado el Experto Independiente de las Naciones Unidas sobre la orientación sexual y la identidad de género⁶. Asimismo, según el informe publicado en el 2020 por *The International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association* (ILGA)⁷ son 69 los Estados que criminalizan los actos sexuales consensuados entre personas adultas del mismo sexo, castigándose incluso con la pena de muerte en Brunei, Irán, Mauritania, Nigeria, Arabia Saudita y Yemen⁸. Esta situación explica que miles de personas hayan huido de sus países de origen por razón de su orientación sexual hacia el continente europeo, donde, como veremos, la sociedad y las leyes han ido evolucionando hacia la aceptación y protección de este colectivo.

2. EVOLUCIÓN DE LA TUTELA DE LA ORIENTACIÓN SEXUAL EN EUROPA: DE LA PENALIZACIÓN DE LA HOMOSEXUALIDAD A LA SANCIÓN DE LA HOMOFOBIA

El 22 de octubre de 2021 se cumple el cuadragésimo aniversario de la despenalización de la diversidad afectivo-sexual en el continente europeo. En el célebre fallo *Dudgeon c. Reino Unido e Irlanda del Norte* pronunciado en 1981⁹, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) abrió la puerta

⁵ Véanse, por ejemplo, las observaciones finales del Comité de Derechos Humanos sobre el segundo informe periódico de Kirguistán, en las que manifiesta su preocupación por las denuncias de violencia contra las personas LGTBI por parte de actores tanto estatales como no estatales y por la inoperancia del Estado frente a esta violencia (CCPR/C/KGZ/CO/2, párr. 9); las observaciones del Comité de Derechos Humanos sobre el informe inicial de Malawi, en las que expresa su preocupación por la penalización de las relaciones sexuales consentidas entre adultos del mismo sexo, por las denuncias de casos de violencia contra personas LGTBI, así como por el hecho de que estas no tengan acceso a los servicios de salud (CCPR/C/MWI/CO/1/Add.1, párr. 10); o el informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Christof Heyns, en relación con las recomendaciones formuladas por el anterior Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales tras su visita a Colombia (A/HRC/20/22/Add.2, párrs. 5, 55 y 76).

⁶ Pueden consultarse los informes de Víctor Madrigal-Borloz, experto independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género de Naciones Unidas en la página del Alto Comisionado para las Naciones Unidas <https://www.ohchr.org/SP/Issues/SexualOrientation/Pages/Index.aspx>.

⁷ *ILGA World* es una organización con estatus consultivo acreditado por el ECOSOC de la ONU.

⁸ VVAA, *Homofobia de Estado 2020: Actualización del Panorama Global de la Legislación*, Ginebra, ILGA, diciembre de 2020, en <https://ilga.org/es/informe-homofobia-estado-2020-panorama-global-legislacion>.

⁹ Asunto *Dudgeon c. Reino Unido e Irlanda del Norte* (GS) núm. 7525/76, TEDH 1981.

a la despenalización de las relaciones homosexuales consentidas entre adultos. Dicho fallo fue el resultado de más de veinticinco años de lucha ante los tribunales por individuos que reivindicaban la protección de sus derechos contra disposiciones discriminatorias de las que eran, habían sido o podrían ser víctimas¹⁰. Desde entonces el TEDH ha desarrollado una importante labor en materia de protección del colectivo LGTBI, declarando contraria al Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante Convenio europeo) la prohibición de relaciones sexuales entre personas del mismo sexo, así como las prácticas discriminatorias llevadas a cabo por las autoridades nacionales en el disfrute de derechos y libertades fundamentales de este colectivo.

En este sentido, cabe señalar que el Consejo de Europa ha jugado un papel destacable en el paulatino proceso de protección y promoción de la orientación sexual en los países signatarios del Convenio europeo, principalmente a instancias del TEDH. Y es que, a pesar de que el CEDH no contiene disposiciones relativas a la autodeterminación sexual del individuo, los jueces de Estrasburgo han ido realizando una interpretación evolutiva de aquel, adaptándolo a la evolución de la sociedad a lo largo del tiempo. En este sentido, como señala el Profesor Daniel Borrillo, cabe distinguir varias etapas en la evolución protección de derechos y libertades de la comunidad LGTBI en Europa¹¹. En una primera etapa, entre los años cincuenta y ochenta, las jurisdicciones nacionales, avaladas por la Comisión Europea de Derechos Humanos y el TEDH, reprimieron las relaciones homosexuales bajo el argumento de la protección del orden público y la salud pública¹². En una segunda etapa, hasta finales de los noventa, se comenzaría a proteger al individuo frente a las sanciones legales y la injerencia del Estado en su vida privada, iniciándose así un proceso de despenalización parcial de la homosexualidad¹³. En una tercera etapa, entre finales de los años noventa y primera década del siglo XXI, se avanzaría en la igualdad real del individuo a través del reconocimiento de sus derechos en el espacio público y familiar¹⁴. Finalmente, en una etapa más

¹⁰ Para más información véase MANZANO BARRAGÁN, I., «La protección de las minorías sexuales en la Unión Europea», *RDCE*, año 13, 2009, núm. 32, pp. 155 y ss., e *id.*, «La jurisprudencia del tribunal europeo de los derechos humanos sobre orientación sexual e identidad de género», *REDI*, vol. 64, 2012, núm. 2, pp. 49-78.

¹¹ BORRILLO, D., «De la penalización de la homosexualidad a la criminalización de la homofobia: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la orientación sexual», *Revista de Estudios Jurídicos. Segunda Época*, 2012, núm. 11, pp. 1-19. Véase también el trabajo de MANZANO BARRAGÁN, I., *op. cit.*, 2012.

¹² Sirvan como ejemplo, entre otras, la Resolución 756 del Consejo de Europa (1981) «relativa a la discriminación de las personas homosexuales» y la Recomendación 934 del Consejo de Europa (1981) «relativa a la discriminación hacia las personas homosexuales». Para más información véase BORRILLO, D., *Droit d'asile et homosexualité*, París, L'Harmattan, 2021, pp. 41-45.

¹³ Sirvan como ejemplo los pronunciamientos del TEDH en los asuntos *Dudgeon c. Reino Unido e Irlanda del Norte* (GS) núm. 7525/76, TEDH 1981; *Norris c. Irlanda* (GS) núm. 10581/83, TEDH 1988; *Modinos c. Chipre* (GS) núm. 15070/89, TEDH 1993.

¹⁴ Sirvan como ejemplo los casos *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal* (GS) núm. 33290/96, TEDH 2000; *Karner c. Austria*, (GS) núm. 45330/99, TEDH 2003; *J. M. c. Reino Unido* (GS) núm. 37060/60, TEDH 2010; *Schalk y Kopf c. Austria* (GS) núm. 30141/04, TEDH 2010. Para un estudio de estos casos véase CRUZ ÁNGELES, J., *Derechos humanos y nuevos modelos de familia. Estudio en el marco de los sistemas europeo e interamericano de protección de derechos humanos*, Madrid, Aranzadi, 2018.

reciente, el TEDH ha perseguido la LGTBIfobia institucional, considerando que la prohibición de las manifestaciones por el día del orgullo gay constituye una barrera a la libertad de expresión inaceptable en una sociedad democrática¹⁵.

Esta evolución en la tutela de la orientación sexual también ha sido observada en el marco de la Unión Europea, en cuya CDFUE se reconoce la igualdad de todas las personas ante la ley (art. 20), prohibiendo en su art. 21 «toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo [...] u orientación sexual». A partir de ahí se han sucedido numerosas disposiciones e iniciativas que han contribuido al reconocimiento de derechos laborales, económicos y patrimoniales del individuo homosexual y en los que ha jugado un papel muy importante la jurisprudencia de Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Sirvan como ejemplo, entre otros, sus fallos en los asuntos *Tadao Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*¹⁶ o *Jürgen Römer c. Freie und Hansestadt Hamburg*¹⁷ en los que el tribunal consideró que las parejas gays en uniones civiles debían gozar de los mismos derechos de pensión que las parejas heterosexuales casadas. O, incluso, el caso *Relu Adrian Coman y otros c. Inspectoratul General pentru Imigrări y Ministerul Afacerilor Interne*¹⁸, en el que los jueces interpretarían de forma neutra el concepto «cónyuge» de la Directiva 2004/38¹⁹, permitiendo así la libertad de circulación y residencia del cónyuge del ciudadano/a europeo con independencia de su sexo, orientación sexual o procedencia. Asimismo, el TJUE, como ya hiciera el TEDH, también ha contribuido a la protección del colectivo LGTBI ante la homofobia. Sirva como ejemplo su pronunciamiento en el asunto *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*²⁰, en la que calificó las declaraciones realizadas por un empresario durante una emisión audiovisual y por las que afirmaba que nunca contrataría a individuos homosexuales, como homofóbicas y lesivas del principio de no discriminación en materia de empleo²¹.

Teniendo en cuenta lo expuesto, podemos concluir que los tribunales europeos han contribuido durante las últimas décadas a la formación de un consenso paneuropeo en materia de protección de la diversidad afectivo-sexual y la identidad género, rechazando las prácticas discriminatorias de algunos Estados. Consenso gracias al cual, sin duda, se ha ido construyendo en Europa un contexto social y legal favorable a la aceptación y protección de la diversidad sexual e identidad de género en todas sus formas.

¹⁵ Casos *Baczkowski y otros c. Polonia* (GS) núm. 1543/06, TEDH 2007; *Alekseyev c. Rusia* (GS) núms. 4916/07 y 14599/09, TEDH 2010.

¹⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia (GS) de 1 de abril de 2008, asunto C-267/06, ECLI:EU:C:2008:179.

¹⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia (GS) de 10 de mayo de 2011, asunto C-147/08, ECLI:EU:C:2011:286.

¹⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia (GS) de 5 de junio de 2018, asunto C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385.

¹⁹ Directiva 2004/38, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril, *DOUE* de 30 de abril de 2004, p. 77.

²⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia (GS) de 23 de abril de 2020, asunto C-507/18, ECLI:EU:C:2020:289.

²¹ Para un estudio más detallado de este caso véase HAMILTON, F., «*H. v. Lenford*: One Further Step in the Continuing Evolution of Sexual Orientation Non-Discrimination Rights Before the European Union», *GenIus. Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, 2021, pp. 1-15.

3. LA PROTECCIÓN DE LA ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO EN EL MARCO DEL DERECHO EUROPEO DE ASILO

Por lo que respecta al continente europeo cabe señalar que, aunque el CEDH no hace referencia expresa al asilo, permite de alguna manera hacerlo efectivo a partir de una interpretación amplia de su art. 3, en el que se establece que «nadie podrá ser sometido a tortura ni pena o tratos inhumanos o degradantes». Y es que, según los jueces del TEDH, constituye una violación a dicho artículo la expulsión a un país donde la persona corre el riesgo de padecer tales tratos. Este derecho sí queda reconocido de forma expresa, sin embargo, en el ámbito de la Unión Europea, en concreto en el art. 18 CDFUE, en virtud del cual «el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea». Asimismo, el art. 19 completa este dispositivo de protección al disponer que «nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes». Situación esta que se ve reforzada con la puesta en marcha de un sistema europeo común de asilo (SECA), en el que se determinan los estándares mínimos a los que deben ajustarse los países miembros de la Unión²².

En Europa, la categoría «orientación sexual» interpretada como pertenencia a un determinado grupo social de la Convención de Ginebra de 1951, aparece por primera vez a nivel nacional en una decisión de 13 de agosto de 1981 del Consejo de Estado holandés. Reconocimiento este que también sería seguido por las autoridades administrativas y judiciales de otros países, como en Francia, cuyos tribunales ya calificaron en 1998 la situación de las personas transexuales en Argelia como «grupo cuyos miembros están expuestos a persecución por las autoridades y la sociedad argelina por razón de sus características comunes»²³. Con el tiempo los tribunales españoles también se

²² No fue hasta el Tratado de Ámsterdam de 1999, cuando se estableció como objetivo crear un espacio de libertad, seguridad y justicia (ELSJ), tratando la materia de inmigración y asilo como una competencia compartida. En octubre de 1999, el Consejo Europeo celebró una sesión especial para la creación de un ELSJ en la Unión Europea, concluyendo con la necesidad de crear un sistema europeo común en materia de asilo. Finalmente, estas políticas en materia de asilo se convierten en materia común con el Tratado de Lisboa y su desarrollo en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, cuyos arts. 67 y ss. establece que la Unión constituye un ELSJ dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros.

²³ Original en francés, la traducción es nuestra. CRR (*Commission des recours des réfugiés*) decisión *Ourbih* de 15 de mayo de 1998. Para profundizar sobre este tema véase ROMBOLI, R., «La homosexualidad como elemento de discriminación: principios constitucionales y jurisprudencia de los jueces constitucionales y de las Cortes europeas», en CUESTA LÓPEZ, V. M. et al. (coords.), *Estado de derecho y discriminación por razón de género, orientación e identidad sexual*, Madrid, Aranzadi/ULPGC, 2014, p. 298; CRÉAC'H, X., «Les évolutions dans l'interprétation du terme réfugié», *Revue Hommes et Migrations*, 2002, núm. 1.238, pp. 65-74.

sumarían a esta corriente interpretativa, adelantándose incluso a la reforma legal que en materia de asilo se llevaría a cabo años después, como prueban las SSTs de 16 de septiembre de 2006 y de 28 de noviembre de 2008, en las que se afirmó que la persecución por parte de las autoridades gubernamentales contra una persona por razón de su orientación sexual podía encontrar amparo en la Convención de Ginebra de 1951 y en la, entonces vigente, Ley de Asilo 5/84, de 26 de octubre²⁴. Esta línea jurisprudencial ha sido mantenida (y reforzada) tras la publicación de la Ley 12/2009²⁵, dando lugar a sentencias que han constituido un hito en la protección de la comunidad LGTBI en materia de asilo, como la dictada por el Tribunal Supremo en 2015, en la que se reconoció el derecho de una etíope a permanecer en España ante el riesgo de ser estigmatizada socialmente en su país por causa de su enfermedad y orientación sexual²⁶.

Como es sabido, las diversas formas de persecución por las que puede sustanciarse la solicitud de asilo pueden atribuirse a una de las cinco categorías derivadas de la Convención de Ginebra de 1951, a saber: raza, nacionalidad, religión, pertenencia a un determinado grupo social y opinión política. Categorías todas ellas que se reconocen expresamente en la Directiva 2011/95/UE, de 13 de diciembre²⁷, en cuyo art. 10.1.d) se afirma en conexión con la interpretación jurisprudencial ya iniciada en algunos países europeos y las directrices de ACNUR, que: «(E)n función de las circunstancias imperantes en el país de origen, podría incluirse en el concepto de grupo social determinado un grupo basado en una característica común de orientación sexual». Especificando, además, que «(l)os aspectos relacionados con el sexo de la persona, incluida la identidad de género, se tendrán debidamente en cuenta a efectos de determinar la pertenencia a un determinado grupo social o de la identificación de una característica de dicho grupo». De esta forma, la norma comunitaria da un paso más en el progresivo desarrollo de la protección de la comunidad LGTBI, protegiendo la identidad de género. Preceptos todos ellos que se completan con el art. 10, inciso 3.b) de la Directiva 2013/32/UE²⁸ sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, por el que se exige que los Estados miembros garanticen que las

²⁴ DÍAZ LAFUENTE, J., «El derecho de asilo por motivos de orientación sexual e identidad de género», *Revista de Derecho Político*, núm. 89, enero-abril de 2014, pp. 364-365. Para más información véase SANTOLAYA MACHETTI, P. y PÉREZ-MONEO, M. A., *El derecho de asilo en la jurisprudencia*, *Anuario CIDOB de la Inmigración*, 2006, pp. 194-09, en línea <https://www.raco.cat/index.php/AnuarioCIDOBInmigracion/article/view/355910>.

²⁵ Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, *BOE* núm. 263, de 31 de octubre de 2009.

²⁶ Tribunal Supremo: STS/ATS (Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, Sección 3.ª), de 25 de enero de 2015, en la que se reconoció el derecho de una etíope a permanecer en España ante el riesgo de ser estigmatizada socialmente en su país por causa de su enfermedad y orientación sexual.

²⁷ Directiva 2011/95/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre, *DOUE* de 20 de diciembre de 2011, p. 16. Esta disposición ya se recogía en la Directiva 2004/83/CE, de 29 de abril de 2004, *DOUE* de 30 de septiembre de 2004, p. 17.

²⁸ Directiva 2013/32/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio, *DOUE* de 29 de junio de 2013, pp. 60-95.

resoluciones sobre las solicitudes de protección internacional se dicten tras un examen adecuado.

Atendiendo a lo expuesto, puede concluirse que la única posibilidad por la que el solicitante podría obtener la condición de refugiado por razón de orientación sexual o identidad de género en el marco común europeo de asilo, sería mediante su inclusión en la categoría de «pertenencia a un determinado grupo social» en el sentido de la Directiva 2011/95/UE. Las autoridades administrativas y judiciales deben valorar para ello las pruebas presentadas, contrastando la información aportada sobre los países de origen con la obtenida a partir de diferentes fuentes, como la Oficina Europea de Apoyo al Asilo (en sus siglas inglesas EASO)²⁹ o del ACNUR. Debiendo imperar en todo momento la protección de derechos fundamentales de la persona y la cooperación entre esta y las autoridades competentes. Circunstancia esta que ha sido recordada por el TJUE en el asunto *F. c. Bevándorlási es Allampolgarsagi Hivatal*³⁰, tras una cuestión prejudicial planteada por las autoridades judiciales húngaras en 2016³¹.

Con motivo de las preguntas formuladas, el TJUE aprovechó para avanzar en la definición de los límites que deben ser observados por los organismos estatales en los procesos de evaluación. A juicio del tribunal, aunque es determinante el hecho de que en el país de origen exista una legislación represiva de comportamientos sexuales, esto no es suficiente para el reconocimiento del estatuto de refugiado. La mera penalización de una conducta sexual no constituye una persecución susceptible de ser protegida en el marco del Convenio de Ginebra. Aquella debe tener un cierto nivel de gravedad y ha de ser aplicada en la práctica³². El TJUE invita de este modo a las autoridades nacionales a analizar las informaciones respecto del país de origen; es decir, no solo lo que dicen las leyes represivas, sino también su grado de aplicación. Asimismo, a juicio de los jueces de Luxemburgo, las autoridades competentes no pueden razonablemente esperar a la hora de valorar la solicitud de un solicitante, que este oculte su homosexualidad en su país de origen o actúe con discreción para evitar el riesgo de persecución³³. De hecho, exigir a los miembros de un determinado grupo social que comparten la misma orienta-

²⁹ La Oficina Europea de Apoyo al Asilo es una agencia creada por el Reglamento 439/2010 de la Unión Europea para aumentar la cooperación de los Estados miembros en materia de asilo, mejorar la implementación del Sistema Europeo Común de Asilo y apoyar a los Estados miembros bajo presión, *DOUE* de 29 de mayo de 2010, pp. 11-28.

³⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia (ST) de 25 de enero de 2018, asunto C-473/16, ECLI:EU:C:2018:36.

³¹ El Tribunal de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social de *Szeged* en Hungría (*Szegedi Közigazgatási es Munkaügyi Bíróság*), interpuso por Resolución de 8 de agosto de 2016 una cuestión prejudicial al TJUE, planteando dos cuestiones: por una parte, si la aplicación del art. 4 de la Directiva 2004/83/EC permite, a la luz de la CDFUE, el uso de dictámenes de expertos basados en test de personalidad para la concesión de asilo a solicitudes planteadas por personas LGBTI y, por otra, si debería ser impedido su uso a las autoridades húngaras para la determinación de la veracidad de los relatos de dichos solicitantes.

³² Sentencia del Tribunal de Justicia (SC) de 7 de noviembre de 2013 (*X. Y. y Z. c. Minister voor Immigratie en Asiel*, de 7 de noviembre 2013), asuntos acumulados C-199/12, párr. 79. ECLI:EU:C:2013:720.

³³ *Id.*

ción sexual que la disimulen, sería contrario al reconocimiento mismo de tal grupo social.

4. LA PROTECCIÓN DE LA DIGNIDAD Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD COMO LÍMITE EN LOS PROCESOS PROBATORIOS PARA LA OBTENCIÓN DEL ESTATUTO DE REFUGIADO POR ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO

4.1. Algunas reflexiones sobre la dificultad de la prueba

En los procedimientos en materia de asilo por orientación sexual o identidad de género es difícil la obtención de pruebas materiales susceptibles de fundar la pretensión del solicitante. Dicha situación hace muy complicada la instrucción y somete a las autoridades en una incertidumbre generalizada. A ello se suma el hecho de que las declaraciones de los solicitantes se refieren a menudo a contextos culturales y geopolíticos lejanos a los que la instrucción tiene acceso únicamente a través de la documentación de organismos de derechos humanos u organizaciones no gubernamentales (ONG). La instrucción y la evaluación tanto de los hechos como de las declaraciones del solicitante se realiza a partir de hipótesis de una probabilidad aproximativa. Teniendo en cuenta esto se plantean los interrogantes de qué debe probar el solicitante para obtener el estatuto de refugiado por orientación sexual y cómo debe hacerlo.

El sociólogo francés Lévy-Bruhl afirmaba que «en materia judicial, la prueba tiene esencialmente como finalidad persuadir al juez. No es tanto la búsqueda de la verdad para lo que sirve la prueba sino el medio de crear una convicción en la mente del juez»³⁴. Podemos coincidir, entonces, con este autor cuando define la prueba como «un mecanismo destinado a establecer una convicción respecto de un hecho incierto». Según el adagio latino, *idem est non esse et non probari*, lo que no se puede probar no es jurídicamente relevante. Contrariamente al Derecho civil o penal, no existe en el Derecho administrativo continental una teoría de la prueba. Es la jurisprudencia la que ha creado algunas reglas que permiten organizar el principio general de la libertad de la prueba propio al Derecho administrativo. Las autoridades competentes en materia de asilo se encuentran así con la responsabilidad de conducir el proceso y utilizar dentro del procedimiento inquisitorio los poderes generales de instrucción e investigación. Para ello estas cuentan con manuales, notas de orientación³⁵ y directrices emitidas por organismos internacionales como, por

³⁴ LÉVY-BRUHL, H., «Réflexions sur la preuve judiciaire», *Journal de psychologie normale et pathologique*, vol. XLV, 1951, p. 82.

³⁵ ACNUR emite «notas de orientación» sobre asuntos legales de conformidad con su mandato, tal como figura en el Estatuto de 1950 de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, en relación con el art. 35 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y el

ejemplo, el *Manual sobre procedimientos y criterios para la determinación del estatus de refugiado* de ACNUR³⁶, o su *Nota sobre las solicitudes para obtener el estatus de refugiado relativas a orientación sexual y la identidad de género* publicada en 2008³⁷. Las directrices incluidas en estas guías o manuales, aun no siendo vinculantes (*soft law*), constituyen un indudable punto de referencia para los Estados, ya que en ellas se afirma que la orientación sexual es un componente fundamental de la identidad humana a la par de las otras cinco características que constituyen la base de la definición de refugiado. En este orden de ideas, en el ámbito de la Unión Europea destaca el *Manual de Derecho europeo sobre asilo, fronteras e inmigración* de la Agencia de Derechos Fundamentales, que funciona a modo de guía para las autoridades nacionales de los distintos Estados miembros³⁸. Su art. 3.1.1 trata de la «naturaleza del riesgo», recordando que el art. 9 de la Directiva 95/2011³⁹ especifica que la persecución puede adoptar diversas formas, como actos de violencia (física o psíquica) o incluso medidas administrativas o jurídicas, entre las que pueden encontrarse leyes que persigan la homosexualidad.

4.2. El principio de libertad de prueba en los procesos probatorios de asilo

El principio de libertad de prueba que rige el proceso en materia de asilo no significa que no existan reglas que determinen la validez de los medios probatorios. De hecho, como reconoce el ACNUR⁴⁰ es importante garantizar que los solicitantes de asilo LGBTI gocen de acceso a una evaluación justa y eficiente de sus solicitudes de la condición de refugiado y que su dignidad se mantenga durante todo el procedimiento. Es por esta razón, entre otras, por la que el TJUE, en tanto que intérprete del Derecho europeo, ha prohibido ciertas pruebas en estos procesos, en particular aquellas que puedan considerarse lesivas de la intimidad y vida privada. Asimismo, el TJUE ha insistido en la importancia de la cooperación que debe mantener el organismo de eva-

art. II de su Protocolo de 1967. Mediante el análisis de los principios jurídicos internacionales, de la jurisprudencia y otros materiales pertinentes, estas Notas de orientación tratan de aclarar la legislación y las normas jurídicas aplicables con el fin de orientar en el área temática en cuestión. El objetivo último es mejorar la prestación de la protección a los refugiados y solicitantes de asilo, mediante la adhesión a las normas internacionales en materia de protección de los refugiados.

³⁶ ACNUR, *Manual sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado y Directrices sobre protección internacional. En virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, reedición, Ginebra, febrero de 2019.

³⁷ ACNUR, *Nota de orientación sobre las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género*, Ginebra, 21 de noviembre 2018.

³⁸ Cabe matizar que si bien dicho manual *de facto* puede servir de guía a las autoridades, *de iure* es una referencia en las normas del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA). Puede consultarse el manual en https://fra.europa.eu/sites/default/files/handbook-law-asylum-migration-borders-2nded_es.pdf.

³⁹ Directiva 95/2011/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre, *DOUE* de 20 de diciembre de 2011.

⁴⁰ ACNUR, *Protección de las personas con orientación sexual e identidad de género diversas. Informe mundial sobre los esfuerzos del ACNUR para proteger a solicitantes de asilo y refugiados lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersex*, Ginebra, ACNUR, diciembre de 2015.

luación de la prueba con el solicitante, tal como reconoce expresamente en el art. 4 de la Directiva de 2011/95. Y es que, pudiendo el solicitante de asilo desconocer la obligación de fundamentar sus alegaciones, como afirma el tribunal, es la administración instructora a la que le incumbe la tarea de asistir al solicitante por todos los medios de que disponga⁴¹.

En principio todos los medios de prueba pueden ser admisibles, aunque limitados, como veremos más tarde, por el debido respeto a la vida privada y a la dignidad del solicitante. Las principales pruebas admitidas por las autoridades europeas además de las declaraciones aportadas por el individuo, son aquellas que permitan verificar la existencia de episodios violentos sufridos por el solicitante, como por ejemplo un certificado médico expedido en el país de acogida en el que se confirmen las secuelas de tales episodios. En ocasiones, sin embargo, es difícil aportar estas pruebas documentales, por lo que los testimonios de terceros (como, p. ej., asociaciones LGBTI del país de acogida en el cual los miembros de la ONG certifican que este ha pedido ayuda) deben ser aceptadas. Y es que, como indica el ACNUR el requisito de la prueba de los solicitantes de este colectivo no debería aplicarse estrictamente en vista de las dificultades que existen para la obtención de elementos probatorios⁴². Es por ello, y siguiendo esta línea, por lo que la guía de la EASO, admite un amplio abanico de pruebas para estos casos. Puede afirmarse pues, que, conforme a norma, en los procesos de concesión de asilo por razones de orientación sexual e identidad de género, el razonamiento probatorio del juez le lleva a decidir en función de su íntima convicción sobre la base del análisis de las diferentes informaciones e indicaciones de las que dispone.

4.3. Las pruebas prohibidas a la luz de la jurisprudencia europea

En los últimos años, las autoridades nacionales de algunos Estados europeos han utilizado (o aceptado) en los procesos conducentes al reconocimiento de la condición de refugiado por orientación sexual e identidad de género pruebas que violan los derechos humanos de los solicitantes. Sirva como ejemplo, entre otros, la utilización de los test falométricos, inventados por el sexólogo Freud en 1950 para luchar contra las infracciones sexuales. Concretamente, las autoridades checas sometieron a un solicitante de asilo a este test, mientras le hacían visionar un film pornográfico heterosexual al objeto de verificar su orientación sexual. Estas prácticas han sido calificadas por el ACNUR intrusivas y desproporcionadas⁴³, como también ha hecho de

⁴¹ Sentencia del TJUE (GS), de 2 de diciembre de 2014 (*A, B et C c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*), asuntos acumulados C-148/13 a C-150/13, ECLI:EU:C:2014:2406.

⁴² ACNUR, *Manual y directrices sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, Ginebra, reedición de diciembre de 2011, p. 38.

⁴³ UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *UNHCR's Comments on the Practice of Phallogometry in the Czech Republic to Determine the Credibility of Asylum Claims based on Persecution due to Sexual Orientation*, Nueva York, UNHCR, abril de 2011, en <https://www.refworld.org/docid/4daeb07b2.html>.

forma expresa el TJUE a tenor de una cuestión prejudicial planteada por el Consejo de Estado holandés en 2014⁴⁴.

En este caso, el problema surgió cuando las autoridades holandesas se encontraron con solicitantes de asilo que voluntariamente deseaban someterse a un test falométrico o, en su defecto, proponían filmarse en una relación homosexual para probar su orientación⁴⁵. La cuestión prejudicial planteada dio la oportunidad al TJUE de recordar los principios que deben guiar el derecho de la prueba en materia de asilo, indicando que las modalidades de apreciación de esta deben ser conforme al Derecho de la Unión Europea⁴⁶. El TJUE afirmó, asimismo, que no se debe valorar este tipo de solicitudes sobre la base de nociones estereotipadas asociadas a la homosexualidad. De esta forma, los jueces recordaron que, si las autoridades nacionales están legitimadas a proceder a interrogatorios destinados a evaluar los hechos relevantes relativos a la orientación sexual del solicitante, las preguntas relativas a detalles íntimos acerca de su vida sexual son contrarias a su dignidad e intimidad, derechos ambos protegidos la CDFUE. Es por ello que fotos íntimas, videos o test tendentes a probar la orientación sexual constituyen pruebas prohibidas que deben ser desestimadas *in limine* incluso si son propuestas o requeridas por el interesado.

En este orden de ideas, a colación de las decisiones adoptadas por las autoridades húngaras durante el proceso probatorio de un solicitante de asilo por razón de orientación sexual, el TJUE tuvo la ocasión de pronunciarse sobre la oportunidad y legalidad de los test psicológicos como pruebas admisibles. En 2015 la Oficina Húngara de Inmigración y Asilo (la *Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*) decidió denegar el estatuto de refugiado a un solicitante sobre la base de un informe pericial psicológico. Los test utilizados en este caso fueron el de Rorschach (evaluación psicológica de tipo proyectiva consistente en presentar unas láminas con manchas que deben ser interpretadas por el paciente) y el test de Szondi que consiste en analizar una serie de fotos y organizarlas en función de las más agradables a las más desagradables⁴⁷.

⁴⁴ Sentencia del TJUE (GS), *A y otros c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, de 2 de diciembre de 2014, asuntos acumulados C-148/13 a C-150/13, ECLI:EU:C:2014:2406.

⁴⁵ Tres ciudadanos de países no comunitarios habían pedido asilo por temor a ser perseguidos por su homosexualidad. En los tres casos, las autoridades holandesas denegaron las peticiones porque consideraron que la orientación no había quedado «demostrada». Uno de ellos —en una segunda petición— aseguró estar «dispuesto a practicar un acto homosexual» o a someterse a «exámenes». El segundo ciudadano llegó a presentar una grabación en vídeo de actos íntimos con otra persona de su mismo sexo. El tercero no aportó «más detalles sobre sus sentimientos y el proceso interior relativo a su orientación», según el criterio de las autoridades holandesas.

⁴⁶ En esta sentencia, el TJCE considera que la protección subsidiaria prevista en el art. 15.c) de la Directiva 2004/83/CE representa una medida protectora más allá de la recogida en el art. 3 CEDH, por lo que su interpretación debe realizarse de forma autónoma desde el Derecho comunitario. Para más información DUNNE, P., «A, B and C v. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie: fairer assessment procedures for gay and lesbian asylum applicants in the EU», *European Law Review*, vol. 21, 2015, núm. 3, pp. 411-423.

⁴⁷ FERNÁNDEZ DÁVILA, P. y ÁVILA, D., «Indicadores de homosexualidad en el dibujo de la figura humana: comparación entre homosexuales y heterosexuales», *Revista de Psicología de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, vol. 21, 2003, núm. 2, pp. 333-361.

A pesar de que estas evaluaciones psicológicas fueron abandonadas hace años por la comunidad científica, las autoridades húngaras seguían utilizándolas en estos procesos.

En este caso, tras la apelación del solicitante de asilo, las autoridades judiciales de Hungría decidieron interponer una cuestión prejudicial para saber si era posible evaluar las declaraciones del individuo sobre la base de test psicológicos de personalidad. El TJUE en la decisión *F/Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal* (2018) reconoció que algunos métodos periciales pueden ser útiles para valorar hechos y circunstancias que consten en la solicitud, pudiéndose aplicar estos sin que ello suponga *a priori* una vulneración de derechos fundamentales. Sin embargo, el tribunal concluyó que en la medida en que la realización de estos test psicológicos está subordinada a la expresión del consentimiento del solicitante, cabe considerar que este no se presta con total libertad en estos casos, dado que, *de facto*, viene impuesto por la presión de las circunstancias en las que se encuentran los solicitantes⁴⁸. Por tanto, también en este asunto, el TJUE consideró que el sometimiento al solicitante a este tipo de pruebas constituye una injerencia en la vida privada⁴⁹ no ajustándose a la norma comunitaria a la luz de la CDFUE⁵⁰.

5. CONCLUSIONES

La orientación sexual y la identidad de género se reconoce en el Derecho europeo como una circunstancia comprendida dentro de una de las categorías de protección del solicitante de asilo, en concreto la relativa a «pertenencia a un determinado grupo social». Europa es uno de los principales destinos de aquellos que huyen por riesgo de persecución sobre la base de su orientación sexual o identidad de género, buscando sociedades donde exista un mayor grado de aceptación y protección de derechos. Se da la paradoja, sin embargo, de que los solicitantes de asilo por estas causas se enfrentan a distintas vulnerabilidades. Además de la violencia y el riesgo de persecución que estas personas sufren en sus países de origen, son objeto de discriminación y violación de sus derechos durante los procesos legales y administrativos en los que se ven sometidos por las autoridades de los Estados de acogida. Estas fundamentan sus decisiones sobre la íntima convicción de la concurrencia en el solicitante de los requisitos exigidos por la norma para la requerida protección, disponiendo para ello de un amplio margen de apreciación durante todo el proceso.

⁴⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia (ST) de 25 de enero de 2018, apdo. 53, ECLI:EU:C:2018:36. Planteamiento este que también mantuvo en su Sentencia de 2 de diciembre de 2014, asuntos acumulados C-148/13 a C-150/13, EU:C:2014:2406, apdo. 66.

⁴⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia (ST) de 25 de enero de 2018, apdos. 54, 56 y 57, ECLI:EU:C:2018:36.

⁵⁰ TJUE, comunicado de prensa núm. 8/18, de 25 de enero de 2018, relativo a la sentencia en el asunto C-473/16, *F c. Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*.

El que la valoración y evaluación de las pruebas estén sujetas al principio de la libre apreciación no significa, sin embargo, que no existan límites. A partir del marco normativo supranacional existente en Europa (Consejo de Europa y Unión Europea), completado y ampliado por la intensa labor jurisprudencial de sus respectivos tribunales, es posible identificar elementos que permiten dotar de una cierta objetividad a los procesos probatorios ante las solicitudes presentadas por orientación sexual, garantizando así un estándar mínimo de protección de derechos y dignidad de los solicitantes. En este sentido, el TEDH empezó a constituirse a partir de los años ochenta en una fuente de protección de los derechos de las personas que componen el colectivo LGTBI gracias a su jurisprudencia. Esta fue seguida con el tiempo por el TJUE, el cual en tanto que intérprete del Derecho de la Unión Europea ha establecido una serie de principios-guía para las autoridades competentes, basados sobre todo en el respeto a los derechos reconocidos en la CDFUE, en particular el respeto a la intimidad del individuo. Circunstancia esta que se ha traducido en la expresa prohibición de algunas pruebas que se estaban aplicando en la práctica, como las investigaciones corporales o los tests psicológicos de personalidad, que en palabras del tribunal constituyen una lesión a la dignidad del individuo.

RESUMEN

LOS PROCESOS PROBATORIOS DE SOLICITUDES DE ASILO POR ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO EN EUROPA: ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Este trabajo presenta un análisis crítico de los diferentes aspectos legales de la valoración de la prueba en las solicitudes de asilo por motivos de orientación sexual e identidad de género en Europa. Las autoridades nacionales gozan de un amplio margen de discrecionalidad en la aceptación y valoración de las pruebas. Sin embargo, esta tiene como límite la protección de la dignidad de la persona, determinada por normas internacionales y regionales. El estudio se centrará, principalmente, en el Derecho de la Unión Europea y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la materia.

Palabras clave: derecho de asilo, protección subsidiaria, orientación sexual, identidad de género, garantías procesales, estatuto de refugiado, derechos humanos, Unión Europea, Consejo de Europa.

ABSTRACT

THE EVIDENTIARY PROCESSES OF ASYLUM APPLICATIONS BASED ON SEXUAL ORIENTATION AND GENDER IDENTITY IN EUROPE: ANALYSIS FROM A HUMAN RIGHTS PERSPECTIVE

This essay introduces a critical analysis the different legal aspects of the assessment of evidence in asylum applications on the basis of sexual orientation and gender identity in Europe. National authorities enjoy a wide margin of discretion in the acceptance and assessment of the evidence. However, this freedom is limited by respect for the protec-

tion of the dignity of the person enforceable by international and regional standards. This research is focused mainly on the European Union law and the case-law of the Court of Justice of the European Union on this matter.

Keywords: right to asylum, subsidiary protection, sexual orientation, gender identity, procedural guarantees, refugee status, human rights, jurisprudence, European Union, European Council.



NUEVOS Y HEREDADOS DESAFÍOS EN EL CONTEXTO DEL REGRESO AL PAÍS DE ORIGEN DEL CIUDADANO DE LA UNIÓN Y SU FAMILIA

Diana MARÍN CONSARNAU*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL REGRESO DEL CIUDADANO DE LA UNIÓN AL PAÍS DE LA PROPIA NACIONALIDAD.—2.1. El régimen jurídico de extranjería aplicable a los familiares nacionales de terceros Estados: fortalezas y debilidades.—2.2. El régimen jurídico de extranjería aplicable en el caso del regreso a España.—2.2.1. Un apunte previo.—2.2.2. La necesaria reflexión sobre una regulación propia.—3. LA CONDICIÓN DE FAMILIAR Y RÉGIMEN DE EXTRANJERÍA APLICABLE: DEFINICIÓN Y ALCANCE.—3.1. Definición.—3.2. La relación familiar nacida con arreglo a la legislación de un Estado miembro.—4. REFLEXIÓN FINAL.

1. INTRODUCCIÓN

El regreso¹ al país de la propia nacionalidad del ciudadano de la Unión nos ofrece una realidad de relaciones y vínculos familiares con personas de otras nacionalidades² en la que acontecen desafíos heredados en los que va observándose la interrelación del Derecho de extranjería y el Derecho internacional privado (DIPr)³, incluso también desde una óptica de coherencia horizontal entre instrumentos⁴.

* Profesora Agregada (Contratado Doctor) de Derecho Internacional Privado en la Universidad Rovira i Virgili (diana.marin@urv.cat). Todas las páginas web mencionadas en este estudio han sido consultadas el 5 de mayo de 2021.

¹ Se maneja el concepto de regreso y no de retorno para diferenciar de la figura del retorno que en el Derecho de extranjería se utiliza en situaciones específicas de denegación de entrada, según lo establecido en los arts. 26.2 y 60 de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, *BOE* núm. 10, de 12 de enero de 2000. Texto consolidado: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-544>.

² ASÍN CABRERA, A., «Reagrupación familiar y modelos de familia», en FORNER DELAYGUA, J. J. (coord.), *Las fronteras exteriores de la Unión Europea e inmigración a España: relaciones internacionales y derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 153-174.

³ ESTEBAN DE LA ROSA, G., *Inmigración y Derecho internacional privado*, Madrid, Difusión Jurídica, 2009, p. 195.

⁴ Entendiéndose esta como aquella que afecta a textos relativos a materias que afectan a distintas cuestiones. SÁNCHEZ LORENZO, S., «El principio de coherencia en el Derecho internacional privado europeo», *REDI*, vol. 70, 2018, núm. 2, pp. 17-41, esp. p. 21.

En estos heredados retos, la intervención del Derecho de extranjería nos sitúa en el asunto del régimen jurídico de extranjería aplicable a los familiares, entrando en escena con conexión a cuestiones que afectan al DIPr, la condición de beneficiarios o no de los derechos de residencia, así como aquellas que afectan a la acreditación en el trámite oportuno de la condición de familiar a través de prueba documental, en las que los requisitos de autenticidad, que debe cumplir el documento público expedido por una autoridad extranjera, acaparan una especial atención⁵. Una vez superada esta cuestión, es usual que también interese la continuidad, en el ámbito privado, de los efectos jurídicos que se derivan de los vínculos y las relaciones familiares, y en relación con lo cual la Sentencia del Tribunal de Justicia (STJUE), asunto *Coman*⁶, pone de relieve el reto que supone el impacto que de ello se deriva para el DIPr⁷.

En este diálogo y en las dificultades que emergen respecto a su acogida en el desarrollo del Derecho de extranjería interno, irrumpen nuevos desafíos a abordar. Estos plantean matices al enfoque de los heredados retos, respecto a un denominador común: el diseño de una estructura de derechos de residencia para los familiares. En el marco del presente trabajo lo abordaremos desde las implicaciones a nivel del Derecho de la Unión Europea a las de la normativa y medidas nacionales, centrándonos en el caso español. Así, la salida de Reino Unido y las emergencias consulares derivadas de las restricciones a la entrada y residencia en tiempos de pandemia ponen en evidencia nuevas problemáticas sobre el enfoque de cuestiones crónicas que afloran en periodos convulsos, cuando el reconocimiento de derechos de residencia es complejo y nos ofrece campos en los que se precisa cuestionar la necesidad de avanzar.

2. EL REGRESO DEL CIUDADANO DE LA UNIÓN AL PAÍS DE LA PROPIA NACIONALIDAD

El regreso al país de la propia nacionalidad del ciudadano de la Unión implica regímenes jurídicos diferenciados en el tratamiento que reciben los

⁵ Y en las que el modo y alcance de la acreditación en la prueba documental prescinde de las técnicas clásicas del DIPr, como señala JIMÉNEZ BLANCO, P., «Movilidad transfronteriza de personas, vida familiar y Derecho internacional privado», *REEI*, vol. 35, 2018, pp. 1-49, esp. pp. 2-3. Respecto a requisitos de autenticidad en los procedimientos de extranjería, GARDEÑES SANTIAGO, M., «The Cross-Border Continuity of Family Status as a Means of Ensuring Free Movement and Residence Rights for the European Union Citizen», en PAPADOPOULOU, L. y ANAGNOSTOPOULOU, D. (eds.), *Towards an Inclusive European Citizenship*, Atenas, Papazissis publishers, 2019, pp. 235-241; FONT I MAS, M., «El ejercicio de la libre circulación y la eliminación de los requisitos de autenticación y traducción de determinados documentos públicos», en MARÍN CONSARNAU, D. (dir.), *Retos en inmigración, asilo y ciudadanía. Perspectiva Unión Europea, internacional, nacional y comparada*, Madrid, Marcial Pons, 2021, pp. 189-210.

⁶ Asunto C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385.

⁷ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «¿Matrimonio entre personas del mismo sexo para toda la UE?: A propósito de las conclusiones del Abogado General en el asunto *Coman*», *La Ley Unión Europea*, 2018, núm. 56; JIMÉNEZ BLANCO, P., «La movilidad transfronteriza de matrimonios entre personas del mismo sexo: la UE da un paso: Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de junio de 2018, asunto C-673/18: *Coman*», *La Ley Unión Europea*, 2018, núm. 61.

familiares nacionales de terceros Estados, en función de si se ha ejercido un derecho a la libre circulación y residencia en otro Estado miembro (EM) o de si se ha desplazado a un tercer país.

No obstante, estas situaciones no son tan sencillas de ajustar, en su secuencia, en las circunstancias que ofrece la práctica. En asuntos como en *Coman*, primero hablamos de un proceso migratorio del ciudadano de la Unión a un tercer país (Estados Unidos); con posterioridad se ejerce un derecho a la libre circulación, pero no desde un EM a otro EM, sino desde un tercer Estado (Estados Unidos) a un EM (Bélgica), amparado, no obstante, por el derecho a la libre circulación basado en el estatuto de ciudadanía del reagrupante —puesto que no deja de ser un ciudadano de la Unión Europea que traslada su residencia a otro EM de acogida—⁸; y, finalmente, se produce el regreso al país de la propia nacionalidad desde un EM (Bélgica) a otro EM (Rumanía).

Variantes como las del asunto *Coman* o distintas a ellas aparecen en la casuística de la jurisprudencia del TJUE, que va tejiendo el entramado de los derechos de residencia derivados, en las que se ve obligado a acudir al art. 21 TFUE⁹ en aquellas situaciones que no resultan beneficiarias directas de la cobertura proporcionada por la Directiva 2004/38/CE¹⁰. La movilidad de los ciudadanos de la Unión Europea se beneficia así, a través del derecho primario o derivado, de un régimen privilegiado que satisface la expectativa legítima de garantizar las relaciones familiares constituidas en un EM de la Unión Europea en el resto de Estados miembros.

2.1. El régimen jurídico de extranjería aplicable a los familiares nacionales de terceros Estados: fortalezas y debilidades

En el primer escenario nos encontramos, como una de las fortalezas, con la construcción de derechos de residencia derivados con base jurídica en el art. 21 TFUE, en supuestos en los que la Directiva 2004/38/CE no ha alcanzado a cubrir las situaciones potenciales en las que el ciudadano de la Unión puede verse envuelto en el desarrollo de sus relaciones familiares, y en las que la reunión familiar genera unas necesidades fuera del amparo directo de dicho instrumento, como ocurre en los casos de regreso al país de la propia

⁸ GUILD, E., PEERS, S., TOMKIN, J., *The EU Citizenship Directive. A commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 53.

⁹ En la búsqueda del amparo del Derecho de la Unión Europea, pero con distintos fundamentos. SOTO MOYA, M., «La libre circulación de personas como concepto ambivalente», *REDI*, 2008, núm. 1, pp. 163-177; CRESPO NAVARRO, E., «La libertad de circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión y de sus familiares a la luz de la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Revista General de Derecho Europeo*, 2019, núm. 49, pp. 52-130, CIPPITANI, R., «Derechos de los inmigrantes en la jurisprudencia del TJUE», en MARÍN CONSARNAU, D. (dir.), *op. cit.*, p. 27.

¹⁰ Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los EEMM por la que se modifica el Reglamento (CEE) n° 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE. *DO L* 158, de 30 de abril de 2004.

nacionalidad tras haber ejercido el derecho a la libre circulación y residencia en otro EM¹¹.

Ello nos sitúa ante la necesidad de movernos en la red de los criterios interpretativos del TJUE iniciados en el asunto *Singh*¹², consiguiéndose a través de la labor del Tribunal de Luxemburgo el resguardo que brinda el art. 21 TFUE, con la consecuente aplicación analógica de la Directiva 2004/38/CE. Doctrina que ha ido consolidándose a lo largo de todo este tiempo, en la que observamos con frecuencia las dificultades, a caballo entre nuevos y heredados desafíos, que origina la brecha existente entre los derechos derivados de residencia y el recurso al argumento del abuso del Derecho de la Unión. Cuestión que ha sido puesta en evidencia en asuntos posteriores como *O y B*¹³ o *Altiner y Ravn*¹⁴.

La construcción de derechos de residencia con base a esta doctrina también ha jugado su papel en el proceso del *Brexit*, propiciándose incluso la sombra de una propuesta de endurecimiento de la Directiva 2004/38/CE, en atención a acoger solamente los movimientos genuinos¹⁵. Sin embargo, abandonando el tema de cómo esta puede acabar integrándose en una futura reforma de la Directiva 2004/38/CE, nos cuestionamos el futuro de estos derechos derivados de residencia al amparo del art. 21 TFUE, tomando en consideración que, en el marco de una salida de un EM de la Unión Europea, la acogida o no de estos derechos parece ser a la carta. Es decir, si bien dicha construcción puede entenderse como una fortaleza, debido al amparo que brinda en atención al derecho primario frente a lo que no alcanza directamente el derecho derivado, lo cierto es que ahora muestra como una de sus debilidades que de dicho logro llegue a cuestionarse, en tanto que puede escogerse en qué medida se recibe la jurisprudencia que emana del TJUE.

Esto nos permite introducir la problemática que existe en el segundo escenario al que nos hemos referido, esto es, en el régimen de extranjería aplicable cuando se regresa desde un tercer país, y cuyo interés aparece desde el prisma de lo que ha sido el tratamiento de la doctrina *Singh* en el Acuerdo de Retirada del Reino Unido¹⁶. En estos casos no existe amparo en el art. 21 TFUE, puesto que no se considera que se ha ejercido un derecho a la libre circulación y residencia anterior al regreso al país de la propia nacionalidad

¹¹ Como resultado, el esquema para la obtención de los permisos de residencia para los familiares resulta especialmente complejo. BORRÁS, A., «Le Droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d'avenir», *Recueil des Cours*, t. 317, 2005, pp. 361-363; GUILD, E., «EU Inclusion and Exclusion: From Workers to Citizens to People», en GRÜTTERS, C., MANTU, S. y MINDERHOUD, P. (eds.), *Migration on the move*, Leiden, Brill/Nijhoff, 2017, p. 203.

¹² Asunto C-370/90, ECLI:EU:C:1992:296.

¹³ Asunto C-456/12, ECLI:EU:C:2014:135.

¹⁴ Asunto C-230/17, ECLI:EU:C:2018:497.

¹⁵ EUCO (European Council document) 10/16, de 19 de febrero de 2016, pp. 8-37, esp. p. 35. Al respecto, GROENENDIJK, H., «Brexit: Free Movement of Union Citizens and the Rights of Third-Country Nationals under Threat?», en GRÜTTERS, C., MANTU, S. y MINDERHOUD, P. (eds.), *op. cit.*, pp. 292-302.

¹⁶ *DOUE L 29/7*, de 31 de enero de 2020.

del ciudadano de la Unión, entendiéndose que se trataría de una cuestión que compete al Derecho de extranjería interno, que ni tan siquiera debiera ser compatible con el mínimo exigido por la Directiva 2003/86/CE sobre reagrupación familiar para los Estados miembros¹⁷, en el entendido que esta Directiva es aplicable a los familiares de extranjeros reagrupantes y no de propios nacionales que actúan como reagrupantes¹⁸.

Así pues, el marco del Acuerdo de salida de Reino Unido es una buena oportunidad para la reflexión, en atención al punto al que hemos llegado, ante un derecho derivado que no ha alcanzado a cubrir todas las expectativas de la reunión familiar.

La cuestión se centra en atender si en dicho Acuerdo tienen o no cabida los derechos de residencia derivados en los supuestos de regreso. Para dar respuesta, debemos acudir a lo que la Segunda Parte del Acuerdo prevé respecto a los Derechos de los ciudadanos. De una primera lectura de los arts. 9 y 10, nada parece indicar expresamente el Acuerdo. No obstante, sí se pronuncia respecto a otros supuestos en los que los derechos derivados de residencia de los familiares emanan de la compleja construcción jurisprudencial del TJUE en torno al art. 21 TFUE. Concretamente, en otra de las cuestiones que no contempla expresamente la Directiva 2004/38/CE: para el caso de que los recursos provengan del familiar que no es ciudadano de la Unión del que depende un ciudadano de la Unión. Esto es, traducido en el Acuerdo en el art. 9.a)ii), considerar como miembro de la familia al nacional de un tercer país que cuida de un ciudadano de la Unión Europea o de un nacional de Reino Unido dependiente en aras a que estos no pierdan su derecho de residencia amparado por el Acuerdo de Retirada. En este sentido, el Acuerdo acoge la jurisprudencia emanada en el asunto *Chen*¹⁹, tal y como señala la Comunicación de la Comisión relativa al Acuerdo de Retirada²⁰, aunque reconociéndose también que la fórmula utilizada en el Acuerdo es más amplia que la doctrina *Chen* y que, en consecuencia, permite incluir otras personas distintas de los progenitores.

Si partimos de la base que ello implica que sí se recoge la jurisprudencia emanada del asunto *Chen* y que los derechos derivados de residencia fruto de la jurisprudencia *Singh* no están recogidos, teniendo en cuenta además que dicha exclusión sí es señalada expresamente en la Comunicación de la Comisión²¹, estaremos aceptando que en el marco de un acuerdo de salida pueda acogerse parcialmente y bajo demanda la doctrina del TJUE respecto

¹⁷ DO L 251, de 3 de octubre de 2003.

¹⁸ Respecto a la negociación en las directivas, BLANCO JIMÉNEZ, P., «Las libertades de circulación y de residencia de los miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión Europea», *Diario La Ley*, 2003, núm. 5.771.

¹⁹ Asunto C-200/02, ECLI:EU:C:2004:639.

²⁰ Nota de orientación relativa al Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, Segunda Parte, en el comentario que realiza al art. 9.a)ii) en el apdo. 1.1.1.2, *DOUE C 173/1*, de 20 de mayo de 2020.

²¹ En el comentario que realiza al art. 10 en el apdo. 1.2.2.3.

al art. 21 TFUE, «desactivándose» así esta jurisprudencia en el marco del Acuerdo, como advierte Miguel Gardeñes Santiago²².

Esto nos sitúa, como nuevo desafío, en replantearnos si realmente no estamos ante un sistema frágil que, aunque logra derechos de residencia más allá del derecho derivado, en el contexto de lo que supone la retirada de un EM precisa abrir un debate sobre si es conveniente que, en una futura reforma de la Directiva 2004/38/CE, se contemplen en su ámbito de aplicación los supuestos de regreso y, de este modo, puedan consolidarse en el nivel de transposición interno y resulten *menos* negociables en una salida. O si, por el contrario, puede seguir manteniéndose el esquema al que nos ha llevado el TJUE, cuya protección última emana del derecho primario, a pesar del precio que ello tenga en el contexto de una retirada, puesto que permite favorecer ciertos aspectos de la doctrina que se acepta, como ocurre respecto a *Chen*, en detrimento de abandonar otras, como ocurre con *Singh*, viéndose dicha flexibilidad como una fortaleza.

2.2. El régimen jurídico de extranjería aplicable en el caso del regreso a España

2.2.1. *Un apunte previo*

En España, la norma que transpone la Directiva 2004/38/CE es el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero²³, norma que, a su vez, regula el tratamiento sobre condiciones de entrada y residencia de los familiares de personas de nacionalidad española.

Antes de entrar propiamente en el examen de las consecuencias a nivel interno de este régimen, digamos *equiparado*, es oportuno, como punto de partida, abordar otro aspecto distinto al tratado hasta este momento, que es aquel que toma en cuenta la línea jurisprudencial en relación al amparo que brinda el art. 20 TFUE, a tenor de la doctrina emanada en el asunto *Ruiz Zambrano*²⁴, y en la que el TJUE ha reiterado que la situación de un ciuda-

²² GARDEÑES SANTIAGO, M., «La circulación de personas físicas en el Acuerdo de Retirada del Reino Unido de la Unión Europea», *REEI*, 2020, núm. 40, pp. 1-44, esp. pp. 11-12.

²³ Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, *BOE* núm. 51, de 28 de febrero de 2007, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

²⁴ Asunto C-34/09, ECLI:EU:C:2011:124, en la que el TJUE inicia una doctrina que encuentra una conexión con el Derecho de la Unión vinculada al disfrute efectivo de la esencia de los derechos que confiere el estatuto de ciudadanía y, aunque aclara que están fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/38/CE, el amparo se traduce en el alcance del manto protector del art. 20 TFUE, que prontamente fue matizada y excepcionada. ABARCA JUNCO, P. y VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., «El estatuto de ciudadano de la Unión y su posible incidencia en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario (STJUE *Ruiz Zambrano*)», *REEI*, 2012, núm. 23, pp. 13-15, cuyo espíritu va recuperándose en jurisprudencia posterior. HAAG, M., «CS and Rendón Marín: Union Citizens and their Third-Country National Parents - A Resurgence of the Ruiz Zambrano Ruling?», de 27 de setiembre de 2016, recuperado de <http://eulawanalysis.blogspot.com/2016/09/cs-and-rendon-marin-union-citizens-and.html>.

dano de la Unión en el país de la propia nacionalidad en el que siempre ha residido no entra en el ámbito de aplicación de dicha Directiva. Línea jurisprudencial que, por otra parte, cabe indicar que también ha quedado fuera del ámbito de aplicación del Acuerdo de Retirada del Reino Unido²⁵.

Esta situación, que responde al tratamiento de los miembros de la familia del ciudadano de la Unión pasivo o estático, también comprende las situaciones en las que la persona ha emigrado a un tercer país y regrese, en el caso de que la normativa interna no establezca un régimen específico para estos supuestos. A efectos del Derecho de la Unión Europea, este ciudadano de la Unión es estático. Siempre ha residido en el país de la propia nacionalidad y el único límite al que se ve sometida la normativa o medida nacional es la compatibilidad con el art. 20 TFUE, en tanto que el ciudadano de la Unión, ante la negativa a un permiso de residencia para el familiar, se viera obligado a abandonar el territorio de la Unión en su conjunto. Ello, tras la saga de doctrina iniciada por el TJUE en el asunto *Ruiz Zambrano*, es más plausible en el caso de menores de corta edad que en el caso de que el reagrupante sea una persona mayor de edad.

Sin embargo, es preciso indicar en que en ninguno de los casos que hasta ahora han llegado al TJUE a través de cuestión prejudicial se ha planteado tal cual una situación como la expuesta. Como hemos advertido, en el asunto *Coman*, el manto protector del art. 21 TFUE se alcanza en el marco del ejercicio del derecho a la libre circulación de un nacional rumano a Bélgica y en el marco de su regreso a Rumanía. Distinto hubiera sido si el Sr. Coman hubiera pretendido la reunión con su cónyuge en un regreso directo desde Estados Unidos a Rumanía, debido a que, en ese supuesto, a pesar de haber residido en otro país, a efectos del Derecho de la Unión sería un ciudadano de la Unión Europea pasivo no beneficiario de la Directiva 2004/38/CE y cuyo amparo, a través del art. 20 TFUE, sería más que cuestionable teniendo en cuenta la doctrina emanada en *McCarthy*²⁶. Para el Tribunal de Luxemburgo, que al ciudadano de la Unión le pueda resultar deseable que sus familiares residan con él en el país de la propia nacionalidad no implica un riesgo de abandono del territorio de la Unión por la naturaleza del vínculo de dependencia.

2.2.2. *La necesaria reflexión sobre una regulación propia*

Trasladándonos de nuevo al ámbito español, el tratamiento a efectos de residencia de los familiares nacionales de terceros Estados de españoles no contiene, en principio, una distinción de situaciones como las que venimos hablando. Es decir, aparentemente, recoge todas las situaciones con independencia de que sea considerado un nacional activo o pasivo a la luz del Derecho de la Unión Europea. Ello nos lleva a que, a diferencia de lo que ocurre en

²⁵ GARDENES SANTIAGO, M., «La circulación de personas físicas en el Acuerdo de Retirada del Reino Unido de la Unión Europea», *op. cit.*, pp. 9-12. Nota de orientación de la Comisión, apdo. 1.2.2.2.

²⁶ Asunto C-434/09, ECLI:EU:C:2011:277.

otros Estados miembros²⁷, en España no se promueven situaciones de discriminación inversa, aunque ello es matizable en dos aspectos. Por un lado, en cuanto a la redacción originaria del Real Decreto 240/2007 y la exclusión de los ascendientes y de las parejas inscritas en registros autonómicos y locales españoles, que dio lugar a la STS de 1 de junio de 2010²⁸. Y, por otro lado, a las situaciones de los menores españoles con progenitores extranjeros y la figura del arraigo familiar; introducida en el art. 124.3 del Real Decreto 557/2011, que no se ha visto corregida hasta la Instrucción Dirección General de Migraciones (DGM) 8/2020, sobre la residencia en España de los progenitores, nacionales de terceros países, de menores ciudadanos de la Unión, incluidos españoles²⁹.

Sin embargo, a pesar del aparente poco problemático carácter inclusivo del Real Decreto 240/2007 respecto al tratamiento de los de familiares nacionales de terceros Estados de personas de nacionalidad española, digamos que ello no es del todo pacífico³⁰. Esta cuestión ya se puso de relieve en la STS de 1 de junio de 2010 en la que se anularon ciertos preceptos del Real Decreto 240/2007 por resultar contrarios a la Directiva 2004/38/CE y, a nuestro entender, por no poder incluir preceptos que excluyan a ciertos familiares si la propia norma no hace distinciones en las situaciones en las que puede encontrarse un nacional español. Y aunque la exposición de motivos de dicho texto normativo contempla tal distinción, ello no tiene una traducción expresa en su articulado, con lo cual, realizar exclusiones sin tener en cuenta estas distinciones resulta no ser compatible con el Derecho de la Unión Europea.

De ello nace nuevamente la necesidad de reflexionar sobre la posibilidad de un régimen propio que, si bien propicie no fomentar la discriminación inversa, sí recoja la doctrina emanada en torno a la protección de los arts. 20 y 21 TFUE, como se contempla ahora en la Instrucción DGM 8/2020, en atención a la situación de los menores españoles con progenitor extranjero dependientes de este, que más que una Instrucción sería deseable su incorporación al texto normativo.

Es más, las bondades de dicha *equiparación* empiezan a tambalearse con la reforma al Real Decreto 240/2007 que introdujo el Real Decreto ley 16/2012, de 20 de abril, en cuanto a la exigencia de recursos económicos³¹. Como consecuencia de esta, durante un largo periodo de tiempo se ha debatido si dichos requisitos debían ser o no exigidos al ciudadano español cuando se pretenden derechos de residencia para sus familiares nacionales de terceros Estados.

²⁷ En un análisis del recorrido en los distintos Estados miembros, WALTER, A., *Reverse Discrimination and Family Reunification*, Nijmegen, Centre for Migration Law, 2008.

²⁸ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), de 1 de junio de 2010, ECLI:ES:TS:2010:4259.

²⁹ https://extranjeros.inclusion.gob.es/ficheros/normativa/nacional/instrucciones_sgie/documentos/2020/instruccion_progenitores_de_menores_ciudadanos_UE_y_nacionales.pdf.

³⁰ JIMÉNEZ BLANCO, P., «Movilidad transfronteriza de personas, vida familiar y Derecho internacional privado», *op. cit.*, pp. 5-7.

³¹ Puestas de relieve en distintas Recomendaciones del Defensor del Pueblo. RODRÍGUEZ MATEOS, P., JIMÉNEZ BLANCO, P. y ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., *Régimen jurídico de los extranjeros y los ciudadanos de la UE*, Navarra, Aranzadi, 2017, pp. 296-297.

Y, mientras que la jurisprudencia menor ha entendido que no, puesto que el nacional español no precisa, para residir en España, de un certificado de registro que le exija la acreditación de dichos medios económicos, esta no ha sido la opción acogida por el Tribunal Supremo que, en las Sentencias de 18 de julio de 2017³² y de 3 de junio de 2019³³, respondió que el art. 7 del Real Decreto 240/2007 es aplicable al nacional español en orden a acreditar dichos requisitos al igual que cualquier otro ciudadano de la Unión que pretendiera residir en España con sus familiares. De este modo, se desprende que para el Tribunal Supremo el régimen previsto en el Real Decreto 240/2007 para los familiares de nacionales españoles, cuando se trata de nacionales que han ejercido el derecho a la libre circulación y residencia en otro EM, es aquel que deriva de la protección que emana del art. 21 TFUE y de la aplicación por analogía de la Directiva 2004/38/CE, resultando ser para los nacionales españoles que siempre han residido en España también el régimen aplicable, pero traducándose en este último caso como un régimen interno, cuya compatibilidad con el Derecho de la Unión sería examinado a la luz del art. 20 TFUE. Situación, no obstante, que, como venimos advirtiendo, no solo cubriría los supuestos estrictamente estáticos, es decir, los de residencia en el país de la propia nacionalidad, sino que también, a falta de una regulación expresa, a los supuestos de haber emigrado a un tercer país y haber regresado a España.

La exigencia de dichos recursos económicos ha llevado incluso al planteamiento de una cuestión prejudicial por el TSJ de Castilla-La Mancha, sobre la cual contamos con el pronunciamiento de la STJUE de 27 de febrero de 2020 en el asunto *RH*³⁴. Para el TJUE, la práctica española de denegar automáticamente por falta de recursos, sin entrar a examinar otras circunstancias del caso, como es la naturaleza de la dependencia con el familiar, sí puede ser no compatible con el art. 20 TFUE. En este sentido, aunque el art. 20 TFUE permite a los Estados miembros introducir una excepción al derecho de residencia derivado reconocido por el art. 20 TFUE al exigir que el ciudadano de la Unión posea recursos suficientes, no procede denegar sistemáticamente el derecho de residencia por la única razón de que el ciudadano de la Unión no disponga de recursos suficientes. Jurisprudencia que ahora se recibe en las STS de 1 de julio de 2020³⁵, de 17 de diciembre de 2020³⁶ y de 21 de enero de 2021³⁷, y que toma también en cuenta la STC de 9 de marzo³⁸.

³² STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), de 18 de julio de 2017, ECLI:ES:TS:2017:2966.

³³ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), de 3 de junio de 2019, ECLI:ES:TS:2019:1794.

³⁴ Asunto C-836/18, ECLI: ECLI:EU:C:2020:119.

³⁵ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), de 1 de julio de 2020, ECLI:ES:TS:2020:2488.

³⁶ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), de 17 de diciembre de 2020, ECLI:ES:TS:2020:4393.

³⁷ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), de 21 de enero de 2021, ECLI:ES:TS:2021:91.

³⁸ STC 42/2020, de 9 de marzo, ECLI: ES:TC:2020:42.

Ello no hace más que reafirmarnos en la necesidad de plantear un régimen propio que distinga las situaciones³⁹, y en la que ahora, en el escenario de la salida de Reino Unido, nos introduce ante nuevos matices a los retos a los que se enfrentan las familias en el proceso migratorio. Y es que, tal y como hemos visto, la línea jurisprudencial en el asunto *Singh* no entra en el ámbito de aplicación del Acuerdo. Así, el regreso del nacional español desde Reino Unido a España pasará a regirse por el Real Decreto 240/2007, pero considerándose que, en esta concreta cuestión, se aplica una normativa interna y no, por tanto, la derivada de la transposición de la Directiva 2004/38/CE ni directa ni indirectamente a través de la jurisprudencia emanada en el asunto *Singh*.

En consecuencia, se pone en evidencia el resultado de tener un régimen interno regulado dentro de la norma de transposición sin realizar una distinción expresa, en la que sus estándares vienen de la transposición *literal*, sin someterse a una reflexión previa de la norma europea a la norma interna de transposición, cuando esta última va a tener que dar respuesta a situaciones distintas a las cubiertas por la Directiva 2004/38/CE, y que, en la práctica, se está traduciendo en que una normativa que, en principio, es beneficiosa, acabe obstaculizando la residencia en España de los familiares de los propios nacionales⁴⁰.

3. LA CONDICIÓN DE FAMILIAR Y RÉGIMEN DE EXTRANJERÍA APLICABLE: DEFINICIÓN Y ALCANCE

Otra de las consecuencias, en torno a los obstáculos que se generan al no disponer de un cuerpo legal propio para el tratamiento que reciben los familiares nacionales de terceros Estados para estos supuestos, se relaciona concretamente con cuestiones que tienen que ver con los límites que la norma de derecho derivado contiene respecto a la condición de familiar beneficiario. Muestra de ello es lo que ocurre con las uniones registradas⁴¹ que para resultar beneficiarias de las disposiciones del Real Decreto 240/2007, en todas las situaciones de reunión con el nacional español, precisa que se hayan registrado conforme al Derecho de un EM, teniendo en cuenta que ello no es frecuente cuando el regreso se produce desde un tercer país.

En este sentido, ponemos sobre la mesa un nuevo desafío, que puede también abordarse desde la perspectiva de la coherencia entre instrumentos normativos de la Unión Europea, más allá de los conceptos en las definiciones que se manejan de unión registrada en relación con la naturaleza y los efectos

³⁹ Así lo advierte ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., «Régimen jurídico de los extranjeros nacionales de terceros países familiares de españoles que no han ejercido la libre circulación. ¿Es necesaria una normativa específica?», en MARÍN CONSARNAU, D. (dir.), *op. cit.*, pp. 349-360.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 357.

⁴¹ Otra de las relaciones familiares que también tiene pendiente modificaciones respecto a la entrada y la residencia es aquella que concierne al menor sobre el que se ha constituido una kafala, tras el asunto *SM. MARCHAL ESCALONA, N.*, «La kafala, ciudadanía de la unión y los derechos fundamentales del menor: de Estrasburgo a Luxemburgo», *La Ley Unión Europea*, 2019, núm. 71.

del registro y que, a nuestro entender, tienen que ver con la proyección de su alcance, más o menos limitado, en función de si se requiere o no que la unión registrada lo sea bajo la legislación de un EM.

Se trata, pues, de un nuevo enfoque que suma argumentos a la reflexión paralela, por un lado, sobre si es conveniente disponer de ese cuerpo legal propio que lo regule. Y, por otro lado, sobre si lo es también tender hacia el encaje con los conceptos y en el alcance de los vínculos y relaciones familiares que se contemplan en los instrumentos de DIPr con los de la libre circulación de personas⁴², asumiendo que para ello se requiere un avance propiamente en el marco de la libre circulación de personas.

3.1. Definición

Situándonos en el escenario en el que el regreso se produzca tras haber ejercido el derecho a la libre circulación y residencia en otro EM de acogida, la reunión familiar, fruto de la protección que emana del art. 21 TFUE y la aplicación por analogía de la Directiva 2004/38/CE, obliga a acoger el concepto de unión registrada que ofrece la Directiva en el art. 2.2.b), en el que proporciona una definición de unión registrada.

Ciertamente, la cuestión centrada en discernir a qué categoría de unión registrada se está refiriendo el legislador europeo ha sido objeto de nuestra preocupación en otros estudios, en los que hemos reflexionado acerca de la obligatoriedad del registro y su naturaleza constitutiva o declarativa. Cuestión que hemos abordado también desde la perspectiva de la coherencia con los instrumentos de DIPr respecto al Reglamento (UE) 2016/1104⁴³ y la definición de unión registrada que este proporciona⁴⁴, en el que nuevamente aflora la obligatoriedad y naturaleza del registro como uno de los grandes temas en relación al ámbito de aplicación material del instrumento.

Ambas cuestiones han propiciado un debate con un común denominador en torno a si las uniones registradas en España, a la luz de las distintas regulaciones autonómicas de parejas no casadas, entran dentro del ámbito de aplicación de dichos instrumentos, en atención a la aparente definición diferenciada de unión registrada que en ellos se establece, en lo que al registro

⁴² El reconocer el vínculo en materia de extranjería y rechazarlo desde la perspectiva de la eficacia civil puede resultar, como advierte Pilar Jiménez Blanco, artificioso. JIMÉNEZ BLANCO, P., «Derecho de residencia en España y relaciones familiares: criterios administrativos y civiles», en MARIN CONSANAU, D. (dir.), *op. cit.*, p. 170.

⁴³ Reglamento (UE) 2016/1104, del Consejo, de 24 de junio, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, *DOUE* L 183/30, de 8 de julio de 2016.

⁴⁴ La variedad de la tipología de uniones en el contexto de la Unión Europea conduce al Reglamento (UE) 2016/1104 a proporcionar una definición expresa de unión registrada a efectos exclusivos de su aplicación. Respecto a estas, GONZÁLEZ BEILFUSS, C., *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

se refiere⁴⁵. Ello, desde una visión parcelada, no debería presentar mayores dificultades, pero sí las ha presentado teniendo en cuenta que, por una vía, se autoriza la residencia de estas uniones registradas, pero, por otra, se discute si las soluciones de Derecho internacional privado europeo alcanzan a este tipo de uniones⁴⁶.

En este momento, lo que interesa hacer notar es que esta problemática que va desde el Derecho de extranjería al Derecho internacional privado, se produce precisamente en un contexto en el que la misma definición de unión registrada en el Real Decreto 240/2007 es también la que se utiliza para situaciones pasivas. Es decir, aquellas en las que el nacional español siempre ha residido en España y pretende la residencia de su pareja registrada en España. Pero es que, además, dentro de esta construcción de un régimen *equiparado*, aunque artificialmente *separado* a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, resulta que la definición de unión registrada que recoge la Directiva 2004/38/CE también es aplicable a los familiares de ciudadanos españoles pasivos en otra situación: cuando la persona de nacionalidad española emigra a otro país y regresa con posterioridad a España. Lo cual, significa, de nuevo, la introducción de los problemas del alcance que dicha definición proporciona en situaciones que no están cubiertas por la Directiva 2004/38/CE en el desarrollo del proceso migratorio familiar y el régimen de extranjería aplicable, y que exige que se trate de una pareja con la que el nacional español haya celebrado una unión registrada, con arreglo a la legislación de un EM⁴⁷.

3.2. La relación familiar nacida con arreglo a la legislación de un Estado miembro

De lo anterior se deduce una consecuencia *work in progress* que acaba reforzando la idea de la necesidad de un régimen de extranjería para los familiares nacionales de terceros Estados de los propios nacionales que debe ser reflexionado, bien sea a nivel Unión Europea o a nivel interno. Ello pone en entredicho que, el orden en el que por cronología nos ha llevado a abordar los problemas de encaje y coherencia entre la Directiva 2004/38/CE y el Reglamento (UE) 2016/1104, ahora, desde la perspectiva del tratamiento del alcance de la relación familiar a la que pretende dar cobertura el legislador de la Unión Europea, quizá no sea, en este escenario de regreso al país de la propia nacionalidad, el más acertado.

⁴⁵ Aspecto que tratado desde una perspectiva de la *lex registrii* aporta la solución. RODRÍGUEZ BENOT, A., «Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en la Unión Europea», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, 2019, núm. 1, p. 10.

⁴⁶ VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., «El puzle se complica. Efectos patrimoniales de las uniones registradas y Reglamento (UE) 2016/1104. Problemas de calificación y coordinación entre los instrumentos europeos conexos», en GUZMÁN ZAPATER, M. y ESPLUGUES MOTA, C. (dirs.), *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 313-329.

⁴⁷ GARDENES SANTIAGO, M., «The Cross-Border Continuity of Family Status as a Means of Ensuring Free Movement and Residence Rights for the European Union Citizen», *op. cit.*, p. 223.

Este enfoque nos obliga a visualizar un mayor alcance respecto al segundo instrumento, que había quedado eclipsado por el debate del papel del registro, puesto que, en atención a los intereses que persigue, no exige que la unión registrada se haya formalizado bajo la normativa de un EM. En este sentido, nos planteamos por qué esta amplitud no podría trasladarse al nivel del tratamiento que reciben los familiares de los propios nacionales y que, en el caso español, vendría a dar la solución a las problemáticas que surgen en el ámbito de las uniones registradas.

Esta idea acude a nosotros como un nuevo reto al que se enfrentan las familias mixtas en el contexto de la pandemia. En las restricciones de los viajes no esenciales a la Unión Europea se incide en la necesidad de intensificar los esfuerzos para garantizar que los ciudadanos de la Unión Europea y sus familiares que deseen regresar a sus países lo hagan, ofreciéndose directrices en orden a las solicitudes presentadas por los familiares de ciudadanos de la Unión Europea contemplados en la Directiva 2004/38/CE⁴⁸.

En consecuencia, en el ámbito de las uniones registradas, la exigencia de que la unión se haya celebrado con arreglo a la legislación de un EM supondría un obstáculo. Piénsese, por ejemplo, en el caso de un nacional español que reside en Australia que pretende su regreso a España acompañado de su pareja, de nacionalidad argentina, pero cuya unión registrada lo es conforme al Derecho australiano y no conforme a la legislación de un EM.

Al seguir la cronología de las medidas adoptadas en España, observamos que en el tratamiento de las uniones registradas no se tiene en consideración este último requisito⁴⁹. No obstante, en el ámbito de la expedición de visados y las restricciones por la covid-19 es donde aparecen las diferencias que marca la propia Directiva 2004/38/CE. En caso de que la pareja de hecho esté inscrita en un registro público establecido a esos efectos en un EM de la Unión Europea, se exige la aportación de certificación de dicho registro. Para el resto de supuestos, el tratamiento es el de pareja de hecho, que es el que se contempla en el art. 3.2.b) de la Directiva 2004/38/CE para la familia extensa y que se manifiesta en el art. 2 bis del Real Decreto 240/2007. En consecuencia, fuera de las uniones celebradas bajo la legislación de un EM, el resto son consideradas como uniones de hecho⁵⁰. Con lo cual, se consigue la entrada y la residencia en tiempos de crisis, forzado también por el movimiento *Love is not tourism*, pero en el que España sigue apareciendo como uno de los países que no lo regula claramente⁵¹.

⁴⁸ La Comisión, el 16 de marzo de 2020, adopta la Comunicación covid-19: restricción temporal de los viajes no esenciales a la Unión Europea, que se complementa con unas Directrices *sobre medidas de gestión de fronteras para proteger la salud y garantizar la disponibilidad de los bienes y de los servicios esenciales*, 2020/C 86 I/01, OJ C 86 I, de 16 de marzo de 2020, pp. 1-4.

⁴⁹ Orden INT/270/2020, de 21 de marzo, *BOE* núm. 79; Orden INT/356/2020, de 20 de abril, *BOE* núm. 111; Orden INT/409/2020, de 14 de mayo, *BOE* núm. 136; Orden SND/521/2020, de 13 de junio *BOE* núm. 167; Orden INT/551/2020, de 21 de junio, *BOE* núm. 173.

⁵⁰ JIMÉNEZ BLANCO, P., «Movilidad transfronteriza de personas, vida familiar y Derecho internacional privado», *op. cit.*, p. 21.

⁵¹ <https://www.loveisnottourism.org/>.

Así las cosas, esta situación sugiere otro de los ejes de la problemática de tener un régimen de extranjería para los familiares de los nacionales españoles a los que se les aplica el mismo régimen sin que resulten beneficiarios del régimen Unión Europea libre circulación, teniendo en cuenta que la situación de regreso se produce desde un tercer país, y que aunque no genera los problemas típicos de la discriminación inversa, evidencia los límites cuando en el marco de la libre circulación se llega a incluir a los familiares hasta donde se ha llegado: a beneficiar exclusivamente a las relaciones familiares nacidas al amparo de la legislación de un EM. Ello en un contexto de libre circulación tiene su lógica, pero es una lógica que escapa a la de un mundo globalizado, que sí acogen precisamente los instrumentos de Derecho internacional privado que no definen el alcance de la internacionalidad en la relación jurídica privada, y que en el seno del Reglamento (UE) 2016/1104, pese a los problemas que respecto al registro se generan, esta no se limita a la celebración de la unión con arreglo a la legislación de un EM.

Por ello, desde una perspectiva más amplia e internacional privatista, nos preguntamos si no es este un buen momento para que dicha perspectiva sea acogida en una futura reforma de la Directiva 2004/38/CE y, si no se alcanza, en la necesidad de contar con un régimen propio que recoja el tratamiento de los familiares de los propios nacionales que contemple una visión más extensiva, como la acogida en el Reglamento (UE) 2016/1104, en referencia a no limitar a que la unión se haya registrado conforme a la legislación de un EM.

El no hacerlo, y adoptar la solución de que las uniones registradas en un tercer Estado son uniones de hecho consideradas como miembros de la familia extensa, conduce de nuevo a abordar cuestiones de coherencia en el plano de la continuidad de las relaciones jurídicas privadas, puesto que, a efectos de la Directiva 2004/38/CE, no se considerarían uniones registradas, aunque sí lo fueran en el ámbito del Reglamento (UE) 2016/1104.

Sea como fuere, esta tensión brinda la oportunidad de cuestionar si en el ámbito de las uniones registradas no se deberían unificar los conceptos y el alcance de ambos instrumentos de la Unión Europea, pese a que los intereses en ambos sean distintos. A tal efecto, cabe madurar por qué no puede llegar a darse una situación en la que la unión registrada nace en el marco de la legislación de un tercer país y después se produce el ejercicio de la libre circulación. Dado el caso, se cuestionaría la relación familiar como beneficiaria del Derecho de la Unión, al contrario de lo que sucedería con el matrimonio, que pese a no encontrarse definido en la Directiva 2004/38/CE, ya ha sido proclamado por el TJUE en el asunto *Coman* que su interpretación es autónoma y nada dice respecto a que el matrimonio se haya celebrado de acuerdo con la legislación de un EM.

4. REFLEXIÓN FINAL

Los nuevos enfoques a los desafíos que se plantean para los familiares en el regreso del ciudadano de la Unión al país de origen, en la heredada com-

pleja construcción de los derechos de residencia, invitan a la reflexión sobre la necesidad de regular un cuerpo normativo propio.

En atención al régimen de extranjería aplicable, el marco del Acuerdo de Retirada y el modo en que se acoge la jurisprudencia del TJUE tantea si el derecho derivado no es el marco ahora oportuno para reforzar esos derechos. La salida de un EM evidencia las carencias en los marcos internos en los supuestos de regreso desde un tercer Estado (o en los pasivos puros), como ocurre en el caso español, en el que la bienvenida equiparación ahora se cuestiona por los obstáculos que supone cuando se aplica a supuestos no cubiertos por la Directiva 2004/38/CE.

Obstáculos que también se producen en la condición de beneficiarios, como sucede en el caso de las uniones registradas, y que la pandemia se ha encargado de sacar a la luz, al exigirse que la unión se haya celebrado con arreglo a la legislación de un EM. Este nuevo enfoque, que ya no se centra en la heredada cuestión del registro, permite considerar si a nivel de la Unión Europea debería prestarse una especial atención al potencial de optar por definiciones que atiendan a la coherencia entre instrumentos normativos, y que a nivel interno implicaría apartarse de la técnica actual en la que se reproduce lo establecido por la Directiva 2004/38/CE para, nuevamente, supuestos no cubiertos por la Directiva 2004/38/CE.

RESUMEN

NUEVOS Y HEREDADOS DESAFÍOS EN EL CONTEXTO DEL REGRESO AL PAÍS DE ORIGEN DEL CIUDADANO DE LA UNIÓN Y SU FAMILIA

El objeto de este estudio es reflexionar sobre cómo contribuyen los nuevos y heredados desafíos en el contexto de un proceso migratorio familiar, cuando el ciudadano de la Unión regresa al país de la propia nacionalidad, en el planteamiento sobre si es necesario avanzar hacia una regulación de la reunión familiar a nivel de la Unión Europea o a nivel interno, especialmente centrándonos en el caso español. En ese regreso, el familiar nacional de un tercer Estado inicia un periplo migratorio en el que el juego en la construcción de los derechos derivados de residencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), unido a las problemáticas específicas que nacen en un escenario de crisis y a las necesidades que se generan en el desarrollo y la continuidad de las relaciones jurídicas privadas internacionales, propicia un espacio adecuado para abordarlo teniendo en cuenta también aspectos de coherencia en el ámbito de aplicación entre instrumentos normativos.

Palabras clave: ciudadanía de la Unión, libre circulación de personas, nacionales de terceros países, derechos de residencia, régimen de extranjería, regreso al país de origen, unión registrada, Derecho internacional privado.

ABSTRACT

NEW AND INHERITED CHALLENGES FOR THE UNION'S CITIZENS AND FAMILY MEMBERS IN THE CONTEXT OF THE RETURN TO THE COUNTRY OF ORIGIN

The aim of this paper is to consider how emerging and legacy challenges contribute on the need to move towards an autonomous legal status for family reunion, at EU or in-

ternal level, especially by focusing on the Spanish case, when the sponsor is a EU citizen that returns to establish himself in his country of origin. In this context, the third-country national, as a family member, begins a migratory process. The construction of the derived rights of residence by the Court of Justice of the European Union (CJEU), together with the specific problems arising in a crisis scenario and the needs arising in the development and continuity of private international relationships, promotes an appropriate forum to consider a step forward. This should also be considered taking into account aspects of consistency in the scope of application between regulatory instruments.

Keywords: EU citizenship, free movement of persons, third-country nationals, rights of residence, legal status of foreigners, return to the country of origin, registered partnership, Private international law.



ENTRE APOYO A LA INTEGRACIÓN Y PREVENCIÓN DE LA RADICALIZACIÓN. UNA MIRADA CRÍTICA AL PLAN DE ACCIÓN DE INTEGRACIÓN E INCLUSIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA

Lucas J. RUIZ DÍAZ*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL PLAN DE ACCIÓN EN DETALLE. ELEMENTOS DE CONTINUIDAD Y CAMBIO.—3. EL PLAN DE ACCIÓN EN CONTEXTO.—4. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

Con la publicación del *Plan de Acción de Integración e Inclusión 2021-2027* de la Unión Europea (UE)¹, en noviembre de 2020, la Comisión vendría a concretar cómo pretende abordar en los próximos años el ambicioso objetivo de aunar cohesión social y prevención de la radicalización, contenido tanto en la Estrategia de la UE para una Unión de la Seguridad² como en el Nuevo Pacto de Migración y Asilo³; es decir, en los ámbitos de la seguridad y la gestión «global» de la inmigración, respectivamente. Este Plan de Acción, con carácter particular, se enmarca igualmente en la estrategia europea de prevención y represión del terrorismo, que cuenta con una nueva Agenda que

* Profesor Ayudante Doctor en el Departamento de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Granada (lucasruiz@ugr.es). Todas las páginas web referenciadas fueron consultadas por última vez el 15 de mayo de 2021.

¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Plan de Acción en materia de Integración e Inclusión para 2021-2027» [COM (2020) 758 final, Bruselas, de 24 de noviembre de 2020].

² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la «Estrategia de la UE para una Unión de la Seguridad» [COM (2020) 605 final, Bruselas, de 24 de julio de 2020, p. 19].

³ Comunicación de la Comisión relativa al «Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo» [COM (2020) 609 final, Bruselas, de 23 de septiembre de 2020]. El paquete legislativo completo, en negociación al escribir estas líneas, está disponible en https://ec.europa.eu/info/publications/migration-and-asylum-package-new-pact-migration-and-asylum-documents-adopted-23-september-2020_es.



destaca —en línea con el texto que analizamos— el papel de la integración e inclusión social como aspecto fundamental en la prevención de la radicalización, principalmente entre los jóvenes⁴, un colectivo considerado especialmente vulnerable por la Comisión en numerosos documentos publicados en el último decenio⁵.

La integración e inclusión social de los nacionales de terceros países ha sido una actuación especialmente reclamada por diversos colectivos y organismos nacionales e internacionales, que han señalado las principales carencias del sistema de acogida e integración puesto en marcha por los Estados miembros (EEMM) y desbordado tras la crisis de 2015⁶. Como recalca la Comisión en el Plan de Acción para justificar su intervención en este ámbito, a pesar de las anteriores iniciativas comunitarias, la población inmigrante sigue enfrentándose a dificultades y encontrándose en situación desfavorable «en relación con el empleo, la educación, el acceso a servicios básicos y la inclusión social», especialmente los jóvenes y aquellos que viven en zonas rurales⁷. Es, por tanto, una actuación demandada no solamente por las organizaciones de la sociedad civil, sino también requerida por las instituciones comunitarias⁸ como un instrumento necesario para favorecer la cohesión social en la Unión e, indirectamente, reducir los potenciales costes que la falta

⁴ La Agenda contra el terrorismo [COM (2020) 795 final, Bruselas, de 9 de diciembre de 2020] se basa *grosso modo* en los cuatro pilares centrales de lo que ha venido siendo la intervención comunitaria —(anticipación) prevenir, proteger, perseguir, responder— desde que el Consejo adoptara en 2005 la Estrategia de la UE de lucha contra el terrorismo (14469/4/05).

⁵ COM (2020) 758 final, cit., pp. 6-7. Adicionalmente, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo «Plan de acción sobre los menores no acompañados (2010-2014)» [COM (2010) 213 final, Bruselas, de 6 de mayo de 2010], Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo «Protección de los menores migrantes» [COM (2017) 211 final, Bruselas, de 12 de abril de 2017]; y Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Estrategia de la UE sobre los Derechos del Niño» [COM (2021) 142 final, Bruselas, de 24 de marzo de 2021].

⁶ A modo de ejemplo, pueden consultarse los informes más recientes del Defensor del Pueblo estatal (monográfico «La inmigración en Canarias», disponible en www.defensordelpueblo.es) y andaluz (informe anual 2020, disponible en www.defensordelpuebloandaluz.es), en los que se señalan deficiencias de los sistemas de acogida y los centros de internamiento de extranjeros. Asimismo, esta situación deficitaria ha sido denunciada por ONG como Ayuda en Acción (www.ayudaenaccion.org) e instituciones u organismos internacionales, como la comisaría para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, quien publicara en marzo de 2021 un Informe de seguimiento a la Recomendación elaborada en 2019 crítico con las políticas seguidas por algunos EEMM, entre ellos España. Este documento está disponible en <https://rm.coe.int/una-llamada-de-socorro-por-los-derechos-humanos-la-creciente-brecha-en/1680a1dcf0>.

⁷ COM (2020) 758 final, cit., pp. 4-6. Adicionalmente, CONSEJO DE LA UE, Informe conjunto sobre el empleo de 2020, 6810/20, Bruselas, 13 de marzo de 2020, y OCDE-UE, Settling in 2018: Indicators of Immigrant Integration, disponible en <https://www.oecd.org/publications/indicators-of-immigrant-integration-2018-9789264307216-en.htm>.

⁸ Además de las comunicaciones de la Comisión analizadas, y sin ánimo de exhaustividad, Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2020, sobre la Estrategia de la UE para una Unión de la Seguridad [2020/2791(RSP)]; Conclusiones del Consejo sobre la prevención y la lucha contra la radicalización en los centros penitenciarios y sobre el modo de actuar en relación con los delincuentes terroristas y extremistas violentos tras su puesta en libertad, 9727/19, Bruselas, 6 de junio de 2019, y Prevención de la radicalización que conduce al extremismo violento, 14276/16, Bruselas, 23 de noviembre de 2016.

de esta podría conllevar a nivel económico y social⁹, como el aumento de la polarización social y política por la difusión de ideologías de corte extremista o radical y el sentimiento de injusticia social que alimenta determinados tipos de radicalismos¹⁰. De hecho, en estos grupos de población —inmigrantes y excluidos socialmente— se dan los ingredientes para la alienación y radicalización de sus individuos en un complejo proceso en el que intervienen factores personales (educativos, familiares, cognitivos y comportamentales) y variables independientes en relación al grupo de tipo *push* (internalización de mensajes, identidades colectivas, socioculturales y relacionales) y *pull* (persuasión y carisma de agentes reclutadores, propaganda y coerción) suficientemente acreditados por la doctrina desde diferentes disciplinas¹¹.

Abordar la integración e inclusión social de los nacionales de terceros países y de la población de origen inmigrante como un elemento de la prevención de la radicalización y el terrorismo, sin embargo, incorpora a la agenda política europea un tema espinoso por diversas razones. En primer lugar, por poner en la «diana» a un colectivo —el inmigrante— ya de por sí señalado por ciertos partidos políticos y la opinión pública¹², volviendo a relacionar la inmigración (legal o irregular) con una cuestión de seguridad y orden público interior criticada profusamente por la doctrina¹³. En segundo lugar, por la difusa competencia que posee la Unión para intervenir en los diversos sectores cubiertos por el Plan de Acción y para cuya implementación apela a la responsabilidad y lealtad de los EEMM, quienes poseen la competencia e instru-

⁹ Como indicara la Comisión en su Plan de Acción de 2016, «[existe] un riesgo claro de que el coste de la no integración sea más elevado que el coste de intervenir en políticas de integración» [COM (2016) 377 final, Estrasburgo, de 7 de junio de 2016, p. 4].

¹⁰ Según numerosos estudios e informes policiales, el mensaje «victimista» de opresión y exclusión e injusticia social es aprovechado por los reclutadores de las organizaciones terroristas en los procesos de radicalización hacia el extremismo violento y el terrorismo, como señaló ya la Comisión en 2005 [COM (2005) 313 final, Bruselas, de 21 de septiembre de 2005, p. 14]. Para un análisis de los elementos y factores en los procesos de radicalización, véanse, por ejemplo: REINARES, F. (coord.), *Radicalisation Processes Leading to Acts of Terrorism. A concise Report prepared by the European Commission's Expert Group on Violent Radicalisation*, 15 de mayo de 2008, disponible en <https://gsdrc.org/document-library/radicalisation-processes-leading-to-acts-of-terrorism/>; DOOSJE, B. et al., «Terrorism, radicalization and de-radicalisation», *Current Opinion in Psychology*, 2016, núm. 11, pp. 79-84.

¹¹ Desde la Psicología, véanse GÓMEZ, Á. et al., «Why People Enter and Embrace Violent Groups», *Frontiers in Psychology*, 2021, núm. 11, pp. 1-13; VERGANI, M., IOBAL, M., ILBAHAR, E. y BARTON, G., «The Three Ps of Radicalization: Push, Pull and Personal. A Systematic Scoping Review of the Scientific Evidence about Radicalization Into Violent Extremism», *Studies in Conflict & Terrorism*, vol. 43, 2018, núm. 10, pp. 1-32.

¹² Sobre la evolución de la polarización de la opinión pública en torno a la inmigración en España y el auge de partidos populistas, además de las referencias en el informe anual 2020 del Defensor del Pueblo andaluz en relación con los menores extranjeros no acompañados (véase nota 6; en especial su p. 230), véase GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, C. y RINKEN, S., «La opinión pública ante la inmigración y el efecto de Vox», *ARI*, núm. 33/2021, Real Instituto Elcano, publicado el 16 de marzo de 2021. Disponible en www.realinstitutoelcano.org.

¹³ Entre otros autores críticos, MITSILEGAS, V., *The Criminalisation of Migration in Europe. Challenges for Human Rights and the Rule of Law*, Dordrecht, Springer, 2015; HUYSMANS, J., «Migrants as a Security Problem: Dangers from Securitizing Societal Issues», en MILES, R. y THRÄNHARDT, D. (eds.), *Migration and European integration: the dynamics of inclusion and exclusion*, Londres, Pinter, 1995, pp. 53-72.

mentos, como ha reconocido insistentemente la Comisión en las diferentes iniciativas impulsadas en los últimos años. Finalmente, porque incorpora a la agenda europea una «verdad incómoda» —la integración e inclusión social como elemento de prevención de la radicalización— en la que los EEMM todavía trabajan de forma aislada, a pesar de los reclamos de la UE por reforzar la respuesta conjunta¹⁴.

Este Estudio examina el Plan de Acción de Integración e Inclusión desde una perspectiva crítica con el discurso oficial generalizado en la UE en materia migratoria. Para ello, primeramente centraremos nuestra atención en aquellas iniciativas más novedosas del Plan de Acción que inciden en la integración e inclusión social como una medida activa de prevención de la radicalización, para, posteriormente, ponerlas en contexto con otros elementos del mismo discurso. Así, por un lado, entendemos que estas iniciativas son innovadoras desde el momento en el que rompen con el enfoque acerca de los instrumentos adecuados para favorecer la integración de la población inmigrante anteriormente seguido por la Comisión, más laboral y socioeducativo —ligado, por ello, a políticas comunitarias de apoyo y complemento a las estatales—, para insertar dichos procesos en una perspectiva «securitaria» o del discurso y consiguiente práctica de la (in)seguridad¹⁵ que predomina en las instituciones europeas desde que el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ) echara a andar formalmente tras el Consejo Europeo de Tampere (1999) y se confirmara en el Tratado de Lisboa como una competencia compartida con los EEMM; desplazando, pues, el centro de gravedad en la toma de decisiones hacia métodos, políticas e instrumentos comunitarios. Asimismo, se indicarán otras cuestiones novedosas respecto del marco anterior; admitiendo, no obstante, que son más numerosos los elementos de continuidad que los de cambio.

Por otro lado, con el fin de contextualizar nuestro análisis, hemos de relacionar este Plan de Acción con otros elementos clave del discurso presentes en documentos estratégicos y programáticos adoptados en el marco del ELSJ. Estos documentos nos permitirán prever el alcance real de las medidas propuestas en el Plan de Acción y examinar su interrelación con los instrumentos adoptados en el ELSJ para atajar la radicalización hacia el extremismo violento y el terrorismo, considerados una seria amenaza para la seguridad y el orden público europeos. En definitiva, en este Estudio partimos de la

¹⁴ Ya en el Programa de Estocolmo el Consejo Europeo hacía un llamamiento «a la Comisión, al Consejo y a los [EEMM] para que mejoren las iniciativas de lucha contra la radicalización en todas las poblaciones vulnerables basándose en una evaluación de la eficacia de las políticas nacionales; los Estados miembros deben definir mejores prácticas e instrumentos operativos específicos para compartir con otros Estados miembros. Entre los nuevos ámbitos de trabajo se podría incluir la integración y la lucha contra la discriminación» (Programa de Estocolmo, «Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano», *DOUE* C 115, de 4 de mayo de 2010, p. 24).

¹⁵ BIGO, D. y McCUSKEY, E., «What Is a PARIS Approach to (In)securitization? Political Anthropological Research for International Sociology», en GHECIU, A. y WOHLFORTH, W., *The Oxford Handbook on International Security*, Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 116-132; BUZAN, B., WAEVER, O. y DE WILDE, J., *Security. A New Framework for Analysis*, Londres, Lynne Rienner Publishers, 1998.

premisa de que, aparte de ser una cuestión básica de protección y promoción de los derechos humanos de la población inmigrante, la integración e inclusión social de este colectivo es percibida por las instituciones comunitarias y demás actores de la Unión —incluidos los EEMM— como un elemento concreto de prevención de la radicalización inserto en una estrategia más amplia de lucha contra el terrorismo¹⁶ y de construcción de la «resiliencia» o capacidad de adaptación al cambio; un paso más en la cimentación de la teoría de la inseguridad como pretexto para legitimar una mayor integración en los ámbitos cubiertos por el Plan de Acción que, difícilmente, tendría cabida siguiendo las líneas de actuación seguidas hasta ahora.

2. EL PLAN DE ACCIÓN EN DETALLE. ELEMENTOS DE CONTINUIDAD Y CAMBIO

El anterior Plan de Acción de la Comisión, publicado en 2016, sentó las bases más inmediatas de las líneas que seguiría la UE en la integración de los nacionales de terceros países¹⁷. Esta actuación, sin embargo, no partía necesariamente de cero. En 2004, el Consejo ya había aprobado unas conclusiones sobre el establecimiento de los principios básicos comunes para una política de integración de los inmigrantes en la UE, renovada diez años después¹⁸ y apoyada financieramente mediante la creación específica de un fondo único, el Fondo de Asilo, Migración e Integración (FAMI)¹⁹, como uno de los elementos financieros de apoyo a la gestión de la inmigración del marco financiero plurianual (MFP) para el periodo 2014-2020. En dicho Plan de Acción, la Comisión fijaba sus prioridades políticas en cinco ámbitos concretos de la gestión de la inmigración y su inclusión en las sociedades de acogida (medidas previas a la partida y llegada, educación, integración laboral y acceso a la formación laboral y a los servicios básicos y participación acti-

¹⁶ RUIZ DÍAZ, L. J., «La prevención de la radicalización en la estrategia contra el terrorismo de la Unión Europea. Entre *soft law* e impulso de medidas de apoyo», *REDI*, vol. 69, 2017, núm. 2, pp. 257-280.

¹⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Plan de acción para la integración de los nacionales de terceros países» [COM (2016) 377 final, Estrasburgo, de 7 de junio de 2016]. Anteriormente, en el mismo sentido, «Marco para la integración de los nacionales de terceros países en la Unión Europea» [COM (2005) 389 final, Bruselas, de 1 de septiembre de 2005] y «Agenda Europea para la Integración de los Nacionales de Terceros Países» [COM (2011) 455 final, Bruselas, de 20 de julio de 2011].

¹⁸ Conclusiones relativas a los principios básicos comunes para una política de integración de los inmigrantes en la UE adoptadas por el Consejo y los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros el 19 de noviembre de 2004, 14615/04 (Presse 321); Conclusiones del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros sobre la integración de los nacionales de terceros países que residan legalmente en la UE, 9905/1/14, Bruselas, 26 de mayo de 2014. Adicionalmente, Conclusiones del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros sobre la integración de los nacionales de terceros países que residen legalmente en la UE, 15312/16, Bruselas, 9 de diciembre de 2016.

¹⁹ Reglamento (UE) núm. 516/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril, por el que se crea el Fondo de Asilo, Migración e Integración, por el que se modifica la Decisión 2008/381/CE del Consejo y por el que se derogan las Decisiones 573/2007/CE y 575/2007/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, y la Decisión 2007/435/CE del Consejo, *DOUE* L 150, 20 de mayo de 2014, pp. 168-194.

va) y abordaba, como valor añadido de la intervención comunitaria en una suerte de gobernanza multinivel, servir de nexo para la coordinación de las políticas públicas (europea, estatal, regional y local) y financiar el apoyo a la integración de los nacionales de terceros países residentes (legalmente) en el territorio de la Unión.

Sobre la base de las lecciones aprendidas²⁰, en el Plan de Acción de 2020 la Comisión insta a las autoridades estatales a adoptar medidas específicas destinadas a la integración e inclusión social de la población inmigrante en los ámbitos del empleo, la vivienda, la formación y educación y la salud, y propone la aprobación progresiva de medidas europeas de complemento, coordinación y apoyo, respetando así la distribución competencial establecida en los Tratados. Además, el Plan prevé la implicación en su planificación e implementación de todas las partes interesadas —locales, regionales nacionales y europeas, como la Red de la UE para la Sensibilización frente a la Radicalización (RSR)²¹ y el Foro Europeo de la Migración²²—, así como a las organizaciones de la sociedad civil, apostando por adoptar un enfoque multiinstitucional y multinivel para la integración e inclusión de la población inmigrante presente ya en documentos anteriores de la Comisión.

En términos comparativos, tanto el actual como el anterior Plan de Acción muestran mayores continuidades que elementos novedosos. Entre las similitudes, dos cuestiones de compleja respuesta: por un lado, la determinación de la competencia comunitaria para intervenir en materia de integración e inclusión social y, por otro, sobre el alcance real de las medidas comunitarias adoptadas. Con carácter general, la UE tiene reconocida una competencia compartida en relación con la integración de nacionales de terceros países que excluye cualquier tipo de acción legislativa armonizadora (art. 79.4 del Tratado de Funcionamiento de la UE, TFUE). Sobre esta base jurídica, la Comisión ha intervenido esencialmente a través de instrumentos de *soft law*, como el presente Plan de Acción²³, para promover la integración y paliar lo

²⁰ Véase COMISIÓN, Commission Staff Working Document accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions «Action Plan on Integration and Inclusion 2021-2027» [SWD (2020) 290 final, Bruselas, 24 de noviembre de 2020, p. 22].

²¹ Información sobre esta Red de expertos en https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/networks/radicalisation_awareness_network_en.

²² Página web de información sobre el Foro: <https://www.eesc.europa.eu/es/sections-other-bodies/other/european-migration-forum>.

²³ Adicionalmente, la Unión ha recurrido a las agendas, recomendaciones y decisiones en materia de políticas formativas, educativas y laborales. Junto a estos, la UE ha aprobado instrumentos normativos en aquellas materias ligadas a la libre circulación y residencia de nacionales de terceros países y al reagrupamiento familiar (Directiva 2003/109/CE, del Consejo, de 25 de noviembre, DOUE L 16, de 23 de enero de 2004, pp. 44-53, y Directiva 2003/86/CE, del Consejo, de 22 de septiembre, DOUE L 251, de 3 de octubre de 2003, pp. 12-18), los dos únicos instrumentos de *hard law* adoptados que abordan la integración aunque sea de manera tangencial. El resto de la legislación migratoria de la UE confiere ciertos derechos de acceso a los servicios de salud y la libertad de movimiento para los migrantes altamente cualificados (Directiva 2009/50/CE, del Consejo, de 25 de mayo, DOUE L 155, de 18 de junio de 2009, pp. 17-29), pero lo excluye para otros colectivos inmigrantes (Directiva 2014/36/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, DOUE L 94, de 28 de marzo de 2014, pp. 375-390) o sus fami-

que considera una situación deficitaria y desfavorable para el colectivo inmigrante en el acceso a servicios básicos adaptados a sus necesidades, sobre todo en segmentos específicos de la población, como los inmigrantes jóvenes o con discapacidad, las mujeres y niñas y aquellos que viven en zonas rurales²⁴.

Otro de los elementos a tener en cuenta en el Plan de Acción actual heredados del planteamiento tanto del documento anterior de la Comisión²⁵ como de los principios básicos adoptados por el Consejo²⁶, es la cuestión de la bidireccionalidad del proceso de integración. En el nuevo Plan de Acción se especifica que, «para que la integración y la inclusión den resultados, debe ser también un proceso bidireccional en el que se ofrezca a los migrantes y los ciudadanos de la [UE] de origen migrante ayuda para integrarse y ellos, por su parte, hagan un esfuerzo activo para conseguirlo»²⁷. Es, por ello, un planteamiento responsable en el que se reafirman los derechos de los inmigrantes a verse integrados en las sociedades de acogida y, al mismo tiempo, se les pide la asunción de unos deberes ligados al respeto —no asimilación—²⁸ de los valores fundamentales sobre los que descansa el proceso de integración europea (arts. 2 y 3 TUE; Carta de los Derechos Fundamentales de la UE) y que representan «la motivación que llevó a crear la cartera “Promoción de nuestro modo de vida europeo”»²⁹. Además, reitera que las medidas específicas destinadas a la integración e inclusión social de este colectivo «ni deben ni tienen que emprenderse a expensas de las medidas en beneficio de otros grupos o minorías vulnerables o desfavorecidos»³⁰, insistiendo en la *inclusión para todos* como una herramienta contra los discursos del odio que predominan en Internet y azuzan determinados partidos políticos xenófobos, revertiendo en último término en una creciente polarización social.

liares (Directiva 2003/86/CE, del Consejo, de 22 de septiembre, *DOUE* L 251, de 3 de octubre de 2003, pp. 12-18), incluidas las personas que han obtenido el estatuto de refugiado (Directiva 2013/33/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio, *DOUE* L 180, de 29 de junio de 2013, pp. 96-116).

²⁴ COM (2020) 758 final, cit., p. 5. Adicionalmente, COMISIÓN, SWD (2020) 290 final, cit.; y Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa a la consecución del Espacio Europeo de Educación de aquí a 2025 [COM (2020) 625 final, Bruselas, de 30 de septiembre de 2020, p. 9].

²⁵ En una más que evidente respuesta a los principios básicos establecidos por el Consejo, que apuntan más a la unidireccionalidad, la Comisión se muestra proclive a fomentar una verdadera bidireccionalidad y equilibrar el enfoque seguido hasta ahora en la UE. Por ello, afirma que el «proceso de integración bidireccional y dinámico no solo entraña *esperar* que los nacionales de terceros países acojan los valores fundamentales de la UE y aprendan la lengua de acogida, sino también *ofrecer* las condiciones propicias para que participen en la economía y la sociedad del Estado miembro en el que se instalan», COM (2016) 377 final, cit., p. 5 (énfasis añadido).

²⁶ «La integración es un proceso bidireccional y dinámico de ajuste mutuo por parte de todos los inmigrantes y residentes de los Estados miembros. Dicho proceso requiere un esfuerzo tanto por parte de los inmigrantes como de las sociedades de acogida». CONSEJO, 9905/1/14, cit., p. 4. Este planteamiento estaba igualmente presente en los Programas de La Haya (*DOUE* C-53, 3 de marzo de 2004, p. 4) y Estocolmo (*DOUE* C 115, de 4 de mayo de 2010, p. 30).

²⁷ COM (2020) 758 final, cit., p. 2.

²⁸ Para un estudio comparado sobre el paradigma de la «obligación de integrarse» seguido en las políticas de varios EEMM, véase SALES TEN, A., *Immigración, integración cívica y obligación en la Unión Europea. El contrato de integración*, Valencia, Universitat de València, 2020.

²⁹ COM (2020) 758 final, cit., p. 1.

³⁰ *Ibid.*, p. 6.

En cuanto a los sectores concretos de actuación (educación y formación, empleo y capacidades, salud y vivienda), estos prosiguen *grosso modo* las líneas marcadas por documentos anteriores. En particular, si descendemos a las más de cincuenta actuaciones concretas propuestas a nivel comunitario observamos evidencias claras de continuismo que responden a las limitadas competencias de la UE en las materias cubiertas, compartidas o de apoyo, coordinación y complemento de las políticas estatales³¹. Así, buena parte de las acciones previstas por la Comisión en el nuevo Plan de Acción están ligadas a mejorar el reconocimiento de cualificaciones, la formación en idiomas, los deportes y el ocio, la sensibilización y el entendimiento mutuo a través del asociacionismo, la formación del profesorado en gestión de la diversidad, el intercambio de buenas prácticas en diversos ámbitos de cooperación o el acceso a los servicios básicos de alojamiento y sanitarios. La persistencia de las dificultades reseñadas en el acceso de este colectivo a los servicios básicos de educación y formación, mercado laboral, vivienda y sanidad, denota, por tanto, la complejidad de garantizar a nivel europeo una cierta homogeneidad³² y muestra la insuficiencia de los instrumentos elegidos para la integración e inclusión social de los inmigrantes, fuertemente dependientes de la adopción de medidas por parte de los EEMM.

Finalmente, otro de los ejes prioritarios de actuación heredero del anterior Plan es el propósito de movilizar los fondos europeos con el fin de apoyar el desarrollo e implementación de los objetivos del Plan de Acción. Con este objetivo, bajo el marco del actual MFP para el periodo 2021-2027 ya se han recogido propuestas de mejora (algunas en negociación) de instrumentos financieros previos para hacer frente a cuestiones estructurales ligadas a la integración e inclusión de inmigrantes en el corto (FAMI) y largo plazo (Fondos Estructurales y de Inversión Europeos)³³, cuya gestión y coordinación

³¹ Por un lado, las competencias complementarias ligadas al ELSJ [art. 4.2.j) TFUE] y, por otro, la coordinación de las políticas de empleo y sociales (arts. 2 y 5 TFUE) y el apoyo, coordinación y complemento de las políticas sanitarias y educativas, de formación profesional, juventud y deporte, que siguen siendo responsabilidad esencial de los EEMM (art. 6 TFUE). Asimismo, con carácter general, la UE ejerce una competencia compartida en relación con la política social y promoción de la cohesión económica, social y territorial (arts. 4.2 y 174-178 TFUE). Junto a estas disposiciones relacionadas con la distribución de competencias entre la Unión y los EEMM, el fomento de la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los EEMM figura entre los objetivos del propio proyecto comunitario (art. 3.3 TUE).

³² Los inmigrantes constituyen un grupo infrarrepresentado en el mercado laboral, incluso en aquellos casos en los que cuentan con un alto nivel educativo, y su origen constituye un factor que influye en los resultados educativos y la obtención de cualificaciones en los diferentes niveles, siendo un grupo sobrerrepresentado entre los que muestran un menor rendimiento académico, experimentan carencias en el asesoramiento y orientación formativa y laboral y son calificados como «ninis». CONSEJO DE LA UE, *Informe conjunto sobre el empleo de 2020*, 6810/20, Bruselas, 13 de marzo de 2020, en particular, pp. 73, 91-96 y 107-109. Adicionalmente, OCDE-UE, *Settling in 2018*, op. cit. Asimismo, sobre algunos progresos realizados, *Informe conjunto sobre el empleo de 2021*, 7144/2/21, Bruselas, 31 de marzo de 2021.

³³ Entre otras, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen las disposiciones comunes relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo Plus, al Fondo de Cohesión y al Fondo Europeo Marítimo y de Pesca, así como las normas financieras para dichos Fondos y para el Fondo de Asilo y Migración, el Fondo de Seguridad Interior y el Instrumento de Gestión de las Fronteras y Visados [COM (2018) 375 final - 2018/0196 (COD), Estras-

de cara a futuro se plantea como reto al ser señalados como deficitarios por no llegar a cubrir la población objetivo y por la «falta de compromiso» de los EEMM en la integración de inmigrantes³⁴.

En otro orden de cosas, es necesario abordar las (pocas) innovaciones que el nuevo Plan de Acción aporta al panorama actual. Entre las más importantes, con carácter general, es de destacar la ampliación del grupo objetivo de las actuaciones previstas, considerada una importante carencia por los servicios de la Comisión³⁵. Ahora, además de los nacionales de terceros Estados llegados recientemente, las acciones propuestas incluyen también a las personas naturalizadas ciudadanas de la Unión y a los europeos descendientes de progenitores inmigrantes; dos de los colectivos considerados vulnerables a la exclusión social y objeto de radicalización, como los analistas y los recientes atentados terroristas cometidos por europeos de origen inmigrante han demostrado en los últimos años³⁶. Asimismo, otras novedades que, con alcance universal, se incluyen en el presente Plan de Acción están relacionadas con la promoción de un enfoque de atención específica adaptada a las características y necesidades particulares de las personas inmigrantes, en especial a la situación de los menores, si bien no concreta en qué consiste; la incorporación junto al término «integración» del concepto «inclusión» al vocabulario de las instituciones³⁷, a pesar de no definir ninguno de los dos; y la posibilidad de fijar con los EEMM un «cuadro de indicadores» conjunto³⁸ para realizar el seguimiento global del Plan y una evaluación intermedia (en 2024), cuestión que podría funcionar para ejercer cierta presión sobre los EEMM para la implementación de las medidas previstas, dada la ausencia de potestad de la Comisión para incoar un procedimiento sancionador en los ámbitos cubiertos por el Plan de Acción.

Finalmente, la novedad más destacada es, sin duda, el contemplar la integración como un elemento clave de la prevención de la radicalización, ob-

burgo, de 29 de mayo de 2018] y Propuesta modificada de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al Fondo Social Europeo Plus (FSE+) [COM (2020) 447 final - 2018/0206 (COD), Bruselas, de 28 de mayo de 2020]. Adicionalmente, Recomendación del Consejo, de 30 de octubre de 2020, relativa a un puente hacia el empleo: refuerzo de la Garantía Juvenil que sustituye la Recomendación del Consejo, de 22 de abril de 2013, sobre el establecimiento de la Garantía Juvenil, *DOUE* C-372, de 4 de noviembre de 2020, pp. 1-9.

³⁴ TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO, «The integration of migrants from outside the EU», *Briefing Paper*, mayo de 2018, disponible en <https://www.eca.europa.eu/>; GARCÍA JUAN, L., «La política de integración de inmigrantes en el nuevo Fondo de asilo, migración e integración de la Unión Europea. El caso español en el punto de mira», *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas UPB*, vol. 46, 2016, núm. 124, pp. 93-115

³⁵ Comisión, SWD (2020) 290 final, cit., p. 22.

³⁶ Para una panorámica general sobre los grupos, ataques y detenidos, véase EUROPOL, *European Union Terrorism Situation and Trend Report 2020*, La Haya, junio de 2020, disponible en <https://www.europol.europa.eu/>.

³⁷ Mientras la integración promueve la incorporación de todas las personas a la sociedad de acogida sin realizar diferencias y adaptándose a la realidad social preexistente, la inclusión aborda el reconocimiento de la diversidad y las necesidades específicas de los individuos, significando un paso más hacia la cohesión social y las políticas del reconocimiento defendidas por Charles Taylor.

³⁸ COM (2020) 758 final, cit., p. 28.

viado en la Directiva contra el terrorismo³⁹. En esta ocasión, aparte de las cuestiones que puedan derivarse en cuanto al señalamiento de este colectivo como particularmente vulnerable a la radicalización, el problema esencial del nuevo enfoque «securitario» desde el que se promueven la integración e inclusión social reside nuevamente en el tipo de acciones propuestas por la Comisión ante la limitada competencia comunitaria. Específicamente, el Plan de Acción incorpora algunas acciones destinadas a atajar la radicalización mediante, por ejemplo, la capacitación del personal docente para promover el pensamiento crítico y enseñar en valores en una sociedad multicultural y multilingüe o detectar indicios de radicalización apoyados por la RSR, la puesta en valor de la formación (formal y no formal) de la comunidad inmigrante para posibilitar su inserción laboral o la facilitación del acceso a una vivienda digna, sin segregaciones, en igualdad de condiciones con respecto de la población local que siguen plagadas de voluntarismo, representando más una declaración de intenciones y propósitos que una verdadera toma de decisiones que respondan, a nivel europeo, a un problema compartido de exclusión social del colectivo inmigrante.

Además, a pesar de la insistencia en la conveniencia de adaptar estas medidas a las necesidades de los diferentes grupos que componen este amplio y heterogéneo colectivo, esta aportación resulta igualmente deficitaria. Así, acciones directamente encaminadas a prevenir la radicalización de un grupo especialmente vulnerable —los menores extranjeros no acompañados— a través de programas de apoyo a la transición a la vida adulta y garantías de acceso a los servicios generales de salud y a una vivienda, utilizando para ello la financiación comunitaria si fuera necesario, dependen en exclusiva de la intervención de los EEMM —o de los poderes públicos regionales o locales si estos poseen internamente las competencias—. Huelga decir que la situación en la que se encuentran estos menores en la UE dista de ser la más adecuada a su doble condición de menor e inmigrante. En manos de la Comisión, por tanto, quedan las acciones básicas de concienciación, colaboración con organizaciones de la sociedad civil y actores locales y regionales, financiación de proyectos piloto o de investigación social aplicada, intercambio de buenas prácticas y lucha contra la discriminación, el racismo y la xenofobia, en esta ocasión, bajo el paraguas del ELSJ.

3. EL PLAN DE ACCIÓN EN CONTEXTO

En realidad, por la transversalidad y complejidad extrema de los procesos de radicalización y los instrumentos para afrontarla, resulta difícil entender el alcance del Plan de Acción en este objetivo en particular si no se pone en relación con los principales instrumentos del ELSJ. Por ello, aparte del Nuevo

³⁹ Directiva (UE) núm. 2017/541, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI, del Consejo, y se modifica la Decisión 2005/671/JAI, del Consejo, *DOUE* L 88, de 31 de marzo de 2017, pp. 6-21.

Pacto sobre Migración y Asilo, en negociación⁴⁰, las acciones previstas en el presente Plan de Acción han de analizarse conjuntamente con otros instrumentos y documentos estratégicos de la UE en relación, por una parte, con la gestión de la migración y las políticas de seguridad y, por otra, con aquellos otros destinados específicamente a la prevención de la radicalización y el terrorismo que complementan el enfoque integral europeo. Tras haber abordado brevemente la cuestión migratoria y la integración e inclusión social del colectivo inmigrante o de origen inmigrante, en este apartado nos centraremos en los aspectos ligados a la prevención de la radicalización hacia el terrorismo y el extremismo violento a través de los principales instrumentos para abordarla.

En primer lugar, la Estrategia europea de prevención de la radicalización de la UE, tal que, modificada en 2014⁴¹, supone el marco de referencia en la lucha contra este fenómeno. A pesar de seguir en el terreno del *soft law* y dejar amplio margen de maniobra a los EEMM para instaurar las medidas necesarias en ámbitos tan relevantes para la prevención de la radicalización como el refuerzo del control y supervisión en las prisiones, la capacitación de profesionales y trabajadores de primera línea en los sectores socioeducativos y sanitarios y la instauración de programas de desradicalización y desvinculación, la importancia de la Estrategia es fundamental para comprender el enfoque seguido por la Unión en la prevención y lucha contra la radicalización, que ha sido complementado gradualmente por otros documentos posteriores con carácter específico, ya en pleno marco competencial comunitario: la protección del mercado interior y, subsidiariamente, el desarrollo del ELSJ. Así ocurre, por ejemplo, en el caso de la retirada de contenidos terroristas en línea⁴² y la creación de la Unidad de Notificación de Contenidos de Internet en Europol, destinada a identificar y comunicar contenido *online* de corte terrorista y extremista violento⁴³.

Con carácter general, por otra parte, además de la Estrategia de la UE para una Unión de la Seguridad, hemos de tener en cuenta la Agenda de lucha contra el terrorismo de la UE, publicadas ambas en 2020 por la Comisión⁴⁴. Esta

⁴⁰ https://ec.europa.eu/info/publications/migration-and-asylum-package-new-pact-migration-and-asylum-documents-adopted-23-september-2020_es.

⁴¹ Estrategia revisada de la UE para luchar contra la radicalización y la captación de terroristas, 9956/14, Bruselas, 19 de mayo de 2014. Adicionalmente, Plan de acción de la UE contra la radicalización y la captación para el terrorismo: versión revisada - Plan de aplicación actualizado, 14582/1/12 REV 1, Bruselas, 18 de octubre de 2012, y Directrices revisadas de la Estrategia de la UE para luchar contra la radicalización y la captación de terroristas, 10855/17, Bruselas, 30 de junio de 2017.

⁴² Reglamento (UE) núm. 2021/784, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril, sobre la lucha contra la difusión de contenidos terroristas en línea, *DOUE* L 172, de 17 de mayo de 2021, pp. 79-109. Este Reglamento obligará a los prestadores de servicios de alojamiento de datos a la retirada o bloqueo de contenidos terroristas, siguiendo la estela de anteriores documentos del Consejo (13611/16, 3 de noviembre de 2016) y de la Comisión [COM (2016) 379 final, de 14 de junio de 2016] alertando del peligro de la interacción en línea como factor de radicalización.

⁴³ Información disponible en <https://www.europol.europa.eu/about-europol/eu-internet-referral-unit-eu-iru>.

⁴⁴ COMISIÓN, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la Estrategia de la UE para una Unión de

última presta especial atención a la prevención de la radicalización como parte de su segundo pilar (prevenir), en particular prestando apoyo a través de la RSR y de un futuro Centro de conocimientos a las comunidades y responsables locales y favoreciendo un «enfoque ascendente» en la construcción de sociedades «resilientes» ante la amenaza terrorista que tenga a las «ciudades como eje de la seguridad urbana»⁴⁵ —posiblemente, el elemento más innovador de la Agenda, al centrarse en el rol de los entes locales y regionales y no necesariamente en el de los EEMM—. Además, reitera el papel de la integración e inclusión social como elemento preventivo contra la radicalización hacia el extremismo violento y el terrorismo, aludiendo a los Planes de Acción de Integración e Inclusión y Antirracismo⁴⁶, cuyas medidas —principalmente en los ámbitos educativos (formales o no) y centros de internamiento, rehabilitación y reinserción— han de hacer frente a la polarización y estigmatización del colectivo en las sociedades de acogida y favorecer la cohesión social. Descendiendo a las acciones específicas, sin embargo, las medidas de *soft law* (manuales, intercambio de buenas prácticas, «compromisos», diálogo y cooperación interreligiosa e interinstitucional, etc.) y la potenciación de la financiación europea centran los instrumentos anunciados para la prevención de la radicalización, dejando fuera del marco legal de intervención de la UE en otros aspectos que no sean la retirada de contenidos terroristas en línea, la eliminación y prohibición de los discursos xenófobos y de odio⁴⁷ y la definición de determinados delitos ligados al terrorismo, incluidas la difusión de mensajes o imágenes y la provocación pública⁴⁸.

4. CONCLUSIONES

La prevención de la radicalización empieza por la lucha contra la discriminación (real o percibida) y la promoción de la inclusión social de todos los colectivos, incluyendo a los nacionales de terceros países y europeos de origen inmigrante. Así lo ha planteado la Comisión en el Plan de Acción de Integración e Inclusión analizado, además de en la Agenda para la lucha contra el

la Seguridad [COM (2020) 650 final, Bruselas, de 13 de mayo de 2015]; y Comisión, COM (2020) 795 final, cit.

⁴⁵ COM (2020) 795 final, cit., pp. 12-13.

⁴⁶ Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Una Unión de la igualdad: Plan de Acción de la UE Antirracismo para 2020-2025» [COM (2020) 565 final, de 18 de septiembre de 2020].

⁴⁷ Directiva 2010/13/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (DOUE L 95, de 15 de abril de 2010, pp. 1-24), modificada por la Directiva (UE) 2018/1808 (DOUE L 303, de 28 de noviembre de 2018, pp. 69-92). En la Agenda se anuncia la presentación de «una iniciativa para ampliar la lista de delitos [del art. 83.1 TFUE], a fin de incluir los delitos de odio e incitación al odio por motivo de origen racial o étnico, religión, género u orientación sexual» [COM (2020) 795 final, cit., p. 8].

⁴⁸ Directiva (UE) 2017/541, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI, del Consejo, y se modifica la Decisión 2005/671/JAI, del Consejo (DOUE L 88, de 31 de marzo de 2017, pp. 6-21).

terrorismo, en los que propone atajar las causas profundas de este proceso en el que intervienen diversos factores interconectados. Con este objetivo, la Comisión prevé actuar a través de «políticas blandas» (educación y formación, deporte y juventud, sanidad, vivienda) a fin de reforzar la integración e inclusión social de los diferentes colectivos vulnerables. El principal problema es que, en estos ámbitos, su competencia se limita a complementar, apoyar o coordinar las políticas de los EEMM, por lo que el voluntarismo de la Comisión puede quedar en mero «papel mojado» si no cuenta con la colaboración de estos; y, dadas las circunstancias actuales, en algunos EEMM dicha colaboración se anuncia escasa. Además, en este nuevo enfoque «securitario» de la integración e inclusión social no se ha tomado en cuenta la opinión del Parlamento Europeo⁴⁹, que demandaba medidas en los ámbitos sociales y culturales diferentes de aquellas ligadas puramente al ELSJ, como ha sido la tónica desde que este figurara entre los objetivos de la UE para el presente siglo. Otro de los aspectos fundamentales para prevenir la radicalización es garantizar a estos colectivos de inmigrantes u origen inmigrante, en riesgo de exclusión social según los datos analizados, el pleno acceso y disfrute de los derechos derivados de la ciudadanía, de su plena inclusión y participación en la sociedad de acogida, en sus instituciones y en la toma de decisiones, en línea con planteamientos defendidos por autores como Jürgen Habermas⁵⁰ y Charles Taylor⁵¹. Solamente de esta forma se podrán atajar realmente las raíces profundas de la radicalización. Desgraciadamente, estas medidas realmente innovadoras y transformadoras quedan fuera del presente Plan de Acción, que, repitiendo errores del pasado, nace incompleto para abordar un fenómeno tan complejo como la radicalización.

RESUMEN

ENTRE APOYO A LA INTEGRACIÓN Y PREVENCIÓN DE LA RADICALIZACIÓN. UNA MIRADA CRÍTICA AL PLAN DE ACCIÓN DE INTEGRACIÓN E INCLUSIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA

Lejos de pretender alimentar automatismos, este estudio analiza la actuación de la Unión Europea en materia de prevención de la radicalización y la situación actual de partida a través de un instrumento específicamente destinado a la integración e inclusión social de los nacionales de terceros países y la población de origen inmigrante como es el Plan de Acción presentado en noviembre de 2020. En dicho documento, además de reafirmar esta intervención desde la óptica de la protección y promoción de los derechos humanos, la Comisión aborda la cuestión de la integración e inclusión social de estos colectivos desde la perspectiva «securitaria»; es decir, por primera vez en la agenda europea, como un

⁴⁹ «Pide a la Comisión y a los [EEMM] que apliquen un enfoque global para prevenir y contrarrestar la radicalización, que debe combinar políticas de seguridad, educación, sociales, culturales y contra la discriminación» [Parlamento Europeo, 2020/2791 (RSP), cit.].

⁵⁰ HABERMAS, J., «La lucha por el reconocimiento en el Estado democrático de derecho», en TAYLOR, C., *El multiculturalismo y «la política del reconocimiento»*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 2001, pp. 155-212.

⁵¹ TAYLOR, C. *et al.*, *El multiculturalismo y la «política del reconocimiento»*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 2001.

elemento activo más de la prevención de la radicalización hacia el extremismo violento y el terrorismo, con las implicaciones y consecuencias que ello pueda acarrear para la protección efectiva y promoción de los derechos de este colectivo.

Palabras clave: terrorismo, radicalización, derechos humanos, integración e inclusión social, población inmigrante, Unión Europea.

ABSTRACT

BETWEEN SUPPORTING INTEGRATION AND COUNTERING RADICALIZATION. A CRITICAL ANALYSIS OF THE EUROPEAN UNION'S ACTION PLAN ON INTEGRATION AND INCLUSION

Not being its purpose to establish a security-migration link, the aim of this Study is to analyse both European Union's action to prevent radicalization and the current starting point by means of an instrument specifically aimed at promoting social inclusion and integration of third-country nationals and Europeans with a migrant background: the Action plan on Integration and Inclusion 2021-2027. In this document, besides stressing EU's intervention thought the lens of human rights, the Commission approaches social inclusion and integration from a securitarian perspective; that is, for the first time in the European agenda, as an active element of its action to prevent radicalization processes leading to violent extremism and terrorism. This approach, however, might entail undesired consequences for the effective protection and promotion of the rights of this collective.

Keywords: terrorism, radicalization, human rights, integration and social inclusion, of immigrant community, European Union.

LA INSUFICIENTE PROTECCIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL DE LOS MIGRANTES IRREGULARES VÍCTIMAS DE TRATA

Ana SALINAS DE FRÍAS*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. CONTROVERTIDAS DEFINICIONES EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y SUS LIMITACIONES JURÍDICAS.—3. LAGUNAS EVIDENCIADAS Y FORMAS ALTERNATIVAS DE PROTECCIÓN: LA INCIPIENTE JURISPRUDENCIA DEL TEDH ¿AL RESCATE?—4. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

Las dificultades y desigualdades sistémicas de los países en desarrollo, acrecentadas por las últimas crisis económicas del primer mundo, se han visto exacerbadas por una globalización que, a pesar de alentarlos, ha tenido pocos efectos positivos sobre el libre movimiento de las personas. A esto se han unido sin duda las terribles crisis humanitarias acaecidas en este siglo XXI. Todo ello ha conformado una nueva dimensión de los flujos migratorios y ha contribuido a la complejidad tanto del diagnóstico de estos —a fin de identificar exactamente la situación, motivación o necesidad de protección internacional de los individuos afectados— como del marco jurídico a aplicar en cada caso.

Según las últimas cifras del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) sobre llegadas a Europa desde el Mediterráneo, los solicitantes de protección procedían mayoritariamente de Afganistán, Siria, Marruecos, Argelia, Guinea, Iraq, Costa de Marfil, República Democrática del Congo, Túnez y Malí¹, pertenecientes todos ellos al grupo de países más

* Catedrática de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de la Universidad de Málaga (asalinas@uma.es). El presente artículo se enmarca en el proyecto de investigación 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 de referencia han sido consultadas por última vez el 1 de septiembre de 2021.

¹ Véase UNHRC, *Refugee & Migrant Arrivals to Europe in 2019 (Mediterranean)*, disponible en <https://data2.unhcr.org/en/documents/details/72161>.

desfavorecidos de acuerdo con el Índice Mundial de Desarrollo Humano², y con menores ingresos³. Si bien estas posiciones, en relación con las nacionalidades señaladas, podrían justificar una migración básicamente económica, no es menos cierto que casi todos ellos se sitúan también a la zona más baja en lo que a seguridad y paz se refiere según el *Global Peace Index*, donde conflictos armados, desastres naturales, terrorismo o violencia estructural están muy presentes⁴ y, como consecuencia de ello, la consiguiente huida forzada de personas.

Obviando el estudio —que no la crítica— de las devoluciones en caliente practicadas por los países europeos, ampliamente analizadas por la doctrina española⁵, las cifras de protección concedidas, por ejemplo, por España, contrastan con el alto número de devoluciones practicadas; en concreto, sorprenden las magras 1.351 peticiones aceptadas en 2019 de solicitantes procedentes de países de Asia, Oriente Medio y África situados en los tramos inferiores de los indicadores de pobreza, desarrollo, pero también de paz y seguridad, lo que supone apenas un 30 por 100 del total de las presentadas, siendo además estos los que utilizan las rutas de acceso terrestres y/o marítimas más peligrosas⁶, lo que sin duda les hace más vulnerables. Este no parece ser un fenómeno característico exclusivamente de nuestro país, sino que constituye una constante a este respecto en los países europeos del Mediterráneo⁷.

Las respuestas ofrecidas hasta aquí por los diferentes ordenamientos jurídicos afectados por la migración ilegal han sido dispares y descoordinadas.

² Entre los puestos 151 y 184. Véase PNUD, *Informe de Desarrollo Humano 2020*, disponible en <http://hdr.undp.org/en/content/latest-human-development-index-ranking>.

³ Situados entre las posiciones 165 y 187. Véase *The World Bank, Data on Gross National Income*, disponible en <https://databank.worldbank.org/indicator/NY.GNP.PCAP.CD/1ff4a498/Popular-Indicators>, con la excepción de Argelia, Marruecos y Túnez.

⁴ En los puestos 138 a 163, de un total de 163 países analizados. Véase INSTITUTE FOR ECONOMIC AND PEACE, *Global Peace Index 2020*, disponible en https://www.visionofhumanity.org/wp-content/uploads/2020/10/GPI_2020_web.pdf.

⁵ Véanse por todos, en la doctrina española, DEL VALLE GÁLVEZ, A., «Inmigración, derechos humanos y modelo europeo de fronteras. Propuestas conceptuales sobre “extraterritorialidad”, “desterritorialidad” y “externalización” de controles y flujos migratorios», *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, Universidad de Cádiz, 2020, núm. 2; GARCÍA ANDRADE, P., «Devoluciones en caliente de ciudadanos extranjeros a Marruecos», *REDI*, vol. 67, 2015, núm. 1, pp. 214 y ss.; ORIHUELA CALATAYUD, E., «El derecho a solicitar asilo. Un derecho en fase terminal por las violaciones del Derecho Internacional», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, vol. 9, 2003, pp. 57-113; SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Controles Migratorios y Derechos Humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

⁶ Datos extraídos del Anuario Estadístico 2019 del Ministerio del Interior, disponible en <http://www.interior.gob.es/documents/642317/1204854/Anuario+Estad%C3%ADstico+del+Ministerio+del+Interior+2019/81537fe0-6aef-437a-8aac-81f1bf83af1a>. Dichas solicitudes aceptadas se distribuyen del siguiente modo: 1.119 peticiones de protección aceptadas para solicitantes de nacionalidad siria, 18 de la República Centroafricana, 13 de la República Democrática del Congo, o 103 yemeníes, todos ellos países con conflictos armados en curso oficialmente reconocidos; así como 56 de malienses, 29 eritreos, 4 iraquíes, 5 chadianos o 1 ruandés.

⁷ Conforme a las cifras ofrecidas por la Comisión Europea, las devoluciones en 2019 se incrementaron un 8 por 100 respecto del año precedente y ascienden a 142.000 personas, siendo España uno de los cinco países que han practicado más devoluciones. Véase COMISIÓN EUROPEA, *Estadísticas sobre la migración a Europa*, 2021, disponible en https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/promoting-our-european-way-life/statistics-migration-europe_es.

Rasgo común de ellas ha sido, sin embargo, la represión y criminalización de estos flujos, incluyendo no solo a traficantes, sino en algunos casos también a «traficados», como los migrantes irregulares altamente vulnerables. Por otra parte, la multiplicidad de subsistemas jurídicos específicos a aplicar en tales situaciones —Derecho internacional humanitario, Derecho internacional de los refugiados, Derecho internacional de los derechos humanos o Derecho internacional penal y el conjunto de convenios de cooperación contra diferentes formas de criminalidad internacional— contribuye a la indefinición, a la confusión y, a la postre, a la desprotección de las personas inmersas en dichos flujos. No mencionamos los instrumentos de Derecho de la Unión Europea, que limitaciones de extensión nos obligan dejar fuera de este estudio.

La situación descrita puede revelar una deficiente evaluación de las personas que llegan a las fronteras españolas y europeas, de sus circunstancias y del marco legal aplicable. La consideración sistemática como migrantes irregulares, por su intento de entrada ilegal en territorio de Estado ajeno, no puede privar a estas personas de la protección debida. De una parte, la inadecuada definición de ciertas categorías jurídicas o la inexistencia de pasarelas o conexiones entre los convenios internacionales de aplicación a los migrantes irregulares víctimas de trata, resulta finalmente en lagunas jurídicas y en la consiguiente desprotección de sus derechos más esenciales, convirtiendo la migración en uno de los negocios más lucrativos del mundo en este momento. De otra parte, la no apreciación del trato sufrido en ese tránsito o a su llegada, y su posible cambio de condición como consecuencia de este, puede suponer un incumplimiento de las obligaciones internacionales por parte del Estado receptor. En ello sin duda tienen una especial incidencia las diferentes categorías jurídicas actualmente definidas por los instrumentos internacionales aplicables a esta concreta realidad.

Hecho este planteamiento inicial discutiremos, a continuación, las carencias de los instrumentos jurídicos que son de aplicación a los migrantes irregulares con carácter general (2), así como la vía alternativa de protección inaugurada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) a este respecto (3), lo que nos conduce a formular conclusiones sobre el estado de la cuestión (4).

2. CONTROVERTIDAS DEFINICIONES EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y SUS LIMITACIONES JURÍDICAS

Como señala la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), no existe una definición formal y consensuada de migrante en el Derecho internacional contemporáneo, por lo que esta considera como tal «a toda persona que se traslada fuera de su lugar de residencia habitual, ya sea dentro de un país o a través de una frontera internacional, de manera temporal o permanente, y por diversas razones [...] comprende una serie de categorías jurídicas bien definidas de personas, como los trabajadores migrantes;

las personas cuya forma particular de traslado está jurídicamente definida, como los migrantes objeto de tráfico; así como las personas cuya situación o medio de traslado no estén expresamente definidos en el Derecho internacional, como los estudiantes internacionales»⁸. La inclusión en ella de los «migrantes objeto de tráfico» confunde a la hora de determinar el estatuto jurídico del migrante, pues en principio migración —voluntaria por definición— y tráfico de una persona —forzado o involuntario también por definición— parecen términos opuestos.

La aparición del concepto «migrante objeto de tráfico» (*smuggling of migrants*), incluido en esta definición, se debe a la adopción y masiva ratificación del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire⁹ (en adelante Protocolo sobre tráfico de migrantes), que sí define lo que debe entenderse por tráfico ilícito de migrantes, aunque sin definir a estos ni sus derechos¹⁰. Esa definición solo se encuentra en la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias¹¹, que define al trabajador migrante como «toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional», cubriendo el término «migratorio»: «La preparación para la migración, la partida, el tránsito y todo el periodo de estancia y de ejercicio de una actividad remunerada en el Estado de empleo, así como el regreso al Estado de origen o al Estado de residencia habitual»¹². Luego toda persona que abandone voluntariamente su país de origen o residencia para realizar un trabajo remunerado en otro país habrá de considerarse trabajador migrante, cuya condición se extiende desde la preparación del viaje hasta su regreso al Estado de origen, trayecto durante el cual sus derechos fundamentales debieran quedar garantizados, algo que su escasa o nula ratificación en los principales países de destino de migración, incluidos todos los de la Unión Europea (UE), imposibilita.

A su vez, el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños¹³ (en adelante Protocolo de trata), define la trata de personas como «la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o

⁸ Véase OIM, <https://www.iom.int/es/quien-es-un-migrante>.

⁹ Adicional a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000 (Convenio de Palermo), *BOE* núm. 295, de 10 de diciembre de 2003. El Protocolo cuenta con la ratificación de la Unión Europea y de 151 Estados, que incluyen a todos los socios europeos con la excepción de Irlanda. Sobre la adopción del Protocolo véase UNODC, *Travaux Préparatoires* de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, Naciones Unidas, Nueva York, 2008, disponible en https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/Travaux%20Preparatoire/04-60077_Ebook-s.pdf.

¹⁰ Véase art. 2.

¹¹ Ratificada por tan solo 56 Estados, entre los que no se cuentan la mayoría de los Estados desarrollados. Véase estado de ratificaciones de la Convención en https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mdsg_no=IV-13&chapter=4&clang=_en.

¹² Arts. 1 y 2 de la Convención.

¹³ También adicional al Convenio de Palermo, *BOE* núm. 296, de 11 de diciembre de 2003.

de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación», incluyendo el concepto de explotación «como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos»¹⁴, y entendiéndose la enumeración de conductas específicas no exhaustiva¹⁵. Además, añade de forma significativa que: «El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita [...] no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado», lo que se presupone en todo caso de aquel otorgado por un menor. No obstante, el Protocolo de tráfico de migrantes en ningún caso se refiere al consentimiento, su naturaleza o su alcance, por lo que este debe presuponerse prestado previa y libremente por la persona desplazada.

Y es que, pese a la diferencia que se hace entre tráfico y trata, ambos fenómenos generan víctimas, a pesar de que en el caso del tráfico de migrantes el Protocolo correspondiente hable de personas *objeto* de los delitos contemplados en el mismo (cursiva añadida), y no de víctimas, como en algún momento se propuso durante su negociación¹⁶, mientras que en el Protocolo de trata se hable siempre de *víctimas* de trata¹⁷. Empero, ambas conductas comportan el «reclutamiento», el movimiento o desplazamiento, y la entrega final de personas; y lo que únicamente las diferenciaría, en todo caso, es el consentimiento y la explotación final.

Sin embargo, la disección terminológica ofrecida por ambos Protocolos es más teórica que real¹⁸. Así, el tráfico de migrantes muy frecuentemente tiene

¹⁴ Véase art. 3.a) del Protocolo de Palermo sobre trata.

¹⁵ Véase *Travaux Préparatoires*, op. cit., p. 362. Así se hace constar también en todos los manuales de operaciones de la OIM adoptadas con posterioridad y en la Directiva 2011/36/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI, del Consejo, en especial en el párrafo 11 de su preámbulo. Sobre la Directiva véase JORDANA SANTIAGO, M., «La lucha contra la trata en la UE: los retos de la cooperación judicial penal transfronteriza», *Revista CIDOB d'Affers Internacionals*, 2015, núm. 111, pp. 57-77.

¹⁶ A pesar de la insistencia del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, ACNUR, UNICEF y la OIM, en que uno de los objetivos primordiales del Protocolo debía ser «resguardar y procurar defender los derechos humanos fundamentales de los migrantes objeto de tráfico», sin embargo, el Comité Especial en su 11.º periodo de sesiones convino que el concepto de «víctimas» incluido en el artículo correspondiente del Protocolo contra la trata de personas no era apropiado en el contexto de este otro Protocolo, y aunque muchas delegaciones volvieron en sesiones posteriores a esta idea, la iniciativa no prosperó.

¹⁷ Sobre la comparación de ambos instrumentos véase GUARDIOLA LAGO, M. J., «La Traite des êtres humains et l'immigration clandestine en Espagne: réfléchissent-elles les prévisions des Nations Unies et de l'Union Européenne?», *International Review of Penal Law*, vol. 79, 2008, pp. 405-436.

¹⁸ BUCKLAND, B. S., «Smuggling and Trafficking: Crossover and Overlap», *Strategies Against Human Trafficking: the Role of the Security Sector*, Viena-Génova, Cornelius Friesendorf-National Defense Academy & Austrian Ministry of Defense and Sports, 2009, disponible en https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/default/files/strategies_against_human_trafficking_the_role_of_the_security_sector_1.pdf; SHELLEY, L., *Human Smuggling and Trafficking into Europe. A Comparative Perspective*, Migration Policy Institute, 2014, p. 4.

lugar en el marco de movimientos mixtos de personas a gran escala en los que confluyen causas diversas, y frente a las cuales los potenciales Estados de destino tienden a blindarse, multiplicándose las posibilidades de abuso. Consecuentemente, muchos migrantes acaban con frecuencia convirtiéndose en víctimas de trata no reconocidas como tales, por esa relación consensual y por su entrada ilegal en un país, aplicándoseles severas legislaciones de extranjería que solo atienden a su situación irregular, pero no a su condición de víctima.

Esta realidad cada vez más frecuente, acrecentada por conflictos armados cronificados en el entorno europeo o más allá de este, o por la acción de grupos criminales y/o terroristas, ha sido denunciada por diversas ONG y agencias de las Naciones Unidas, así como por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) o la OIM¹⁹. Las entrevistas realizadas por las citadas entidades dan cuenta de los horrores de esas supuestas relaciones consensuales establecidas mediante fraude, engaño o abducción²⁰, unas situaciones que vienen acompañadas con frecuencia de la privación de la documentación acreditativa de su identidad, todas ellas conductas que se adecuan a la definición de la trata en su respectivo Protocolo, y no realmente tráfico de migrantes. Además, mientras que el tráfico de personas constituye una clara violación de los derechos humanos que merece protección internacional, además de estar obligatoriamente tipificado penalmente en las legislaciones internas de los Estados con mayor o menor fortuna²¹, el tráfico de migrantes —sancionado penal o administrativamente— contraviene la seguridad del Estado, pero no necesariamente supone una violación de derechos humanos y no conllevaría por tanto, conforme al citado tratamiento jurídico, la consiguiente obligación positiva de los Estados de proteger contra la violación de estos.

No se cuestiona, pues, la diferente naturaleza de ambos delitos, sino la ignorancia —con frecuencia deliberada— de la concentración de estos sobre una misma persona y la falta de la debida protección resultante, por prevalecer la condición de migrante irregular y la protección de la seguridad estatal frente a la obligación de protección de los derechos específicos que asisten a la víctima de trata²². Nótese, además, que muchos de estos migrantes ilegales

¹⁹ Véase AMNESTY INTERNATIONAL, *Refugees and migrants fleeing sexual violence, abuse and exploitation in Libya*, disponible en <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2016/07/refugees-and-migrants-fleeing-sexual-violence-abuse-and-exploitation-in-libya/>.

²⁰ Véanse, entre muchos, AMNESTY INTERNATIONAL, *Libya Between Life and Death: Refugees and Migrants Trapped in Libya's Cycle of Abuse*, 24 de septiembre de 2020, disponible en <https://www.amnesty.org/en/documents/mde19/3084/2020/en/>; *Action ACP-EU pour la migration Newsletter*, septiembre de 2017; NAPOLEONI, L., *Traficantes de personas. El negocio de los secuestros y las crisis de los refugiados*, Barcelona, Paidós, 2016.

²¹ Véanse las críticas de GUARDIOLA LAGO, M. J., *op. cit.*, pp. 419 y ss.; TRUJILLO DEL ARCO, A., «El combate de facto contra la trata de personas en España y la responsabilidad internacional del Estado», *REDI*, vol. 73, 2021, núm. 1, pp. 276-295, en particular en relación con la incorporación de las observaciones realizadas sobre España por GRETA, *Report on Spain*, 2018, disponible en <https://rm.coe.int/greta-2018-7-frg-esp-en/16808b51e0>.

²² Tal y como se recoge en los arts. 11 y ss. del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, CETS 197 (BOE núm. 219, de 10 de septiembre de 2009, disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2009-14405).

son abusados, coartados, extorsionados, maltratados, o torturados, por agentes de los Estados de tránsito o de destino²³, en contravención palmaria de lo dispuesto en los arts. 14 y 16 del Protocolo sobre tráfico de migrantes. Tráfico y trata coinciden también en el uso de las mismas rutas internacionales y son perpetrados, a la postre, por los mismos autores y, en muchos casos, sobre los mismos seres humanos en situación de extrema vulnerabilidad²⁴. Es precisamente el concepto de vulnerabilidad el que puede procurar una respuesta a esta laguna.

3. LAGUNAS EVIDENCIADAS Y FORMAS ALTERNATIVAS DE PROTECCIÓN: LA INCIPIENTE JURISPRUDENCIA DEL TEDH ¿AL RESCATE?

La falta de mención o pasarelas entre los Protocolos dedicados a la trata y al tráfico de migrantes respectivamente, amén de la ausencia de criterios de jurisdicción en este último en orden a la persecución de los delitos en él contemplados²⁵, deja a los migrantes objeto de tráfico y víctimas de trata sin una cobertura jurídica que se revela cada vez más necesaria, de una parte para una persecución y castigo más efectivos y eficaces de los traficantes, ya que permitiría el agravamiento, en su caso, de las penas a aplicar; y de otra parte para una mejor y más completa protección de las víctimas, que gozarían de las medidas de refuerzo previstas en el caso de la trata²⁶.

Así, el Protocolo sobre tráfico de migrantes se limita a establecer la obligación de cooperar penalmente entre los Estados de origen, destino, e incluso tránsito, pero sin establecer criterios de jurisdicción, como sí hacen muchos otros instrumentos de cooperación penal internacional. El Protocolo deja clara la obligación de criminalizar el tráfico de migrantes en los ordenamientos internos de las Partes, estableciendo una relativa protección para los individuos «objeto de alguna de las conductas» enunciadas en el mismo, al prever su no procesamiento penal en tales casos²⁷, pero falla a la hora de establecer un vínculo entre trata y tráfico de migrantes, una laguna que se podría haber evitado incluyendo una referencia a la trata en su art. 6, relativo a las circunstancias agravantes del tráfico ilícito de migrantes, como una más de estas.

²³ Véase a este respecto el estudio del CSIC en colaboración con ACNUR sobre el caso concreto de España, *Refugees and Migrants arriving in Spain*, enero de 2019, disponible en <https://data2.unhcr.org/en/documents/details/68532>.

²⁴ Véase *From Reception to Recognition: Identifying and Protecting Human Trafficking Victims in Mixed Migration Flows A Focus on First Identification and Reception Facilities for Refugees and Migrants in the OSCE Region*, OSCE, 2017, disponible en <https://www.osce.org/secretariat/367061>.

²⁵ Como lo pone de manifiesto el TEDH en el asunto *Rantsev c. Chipre y Rusia*. Véase *Rantsev c. Chipre y Rusia*, núm. 25965/04, párr. 288, TEDH 2010; y a diferencia de los establecido en el art. 31.1 del Convenio Europeo contra la Trata, cit.

²⁶ Tal y como quedan recogidos en los arts. 6 a 8 del Protocolo sobre trata, particularmente la posibilidad de permanecer en el territorio del Estado en cuestión y de que se le ofrezca un periodo de reflexión y recuperación.

²⁷ Véase art. 4 del Protocolo sobre tráfico de migrantes y, de forma más genérica, art. 16 del mismo.

La superposición entre estas dos graves situaciones en una misma persona ya fue objeto de atención conjunta por parte de la OIM y de ACNUR en 2009, que establecieron protocolos operacionales conjuntos incluyendo discretamente entre sus potenciales beneficiarios a «otros migrantes vulnerables y/o sujetos a explotación». Esa tímida mención se ha convertido en un objetivo preferente en la colaboración de ambas agencias en la lucha contra la trata de personas, incluyendo abiertamente a los migrantes irregulares como colectivo especialmente vulnerable frente a la trata, particularmente en crisis humanitarias²⁸. Ambas agencias subrayan la responsabilidad del Estado de salvaguardar los derechos de todas las personas en su territorio o bajo su jurisdicción, también aquellas en riesgo de convertirse en víctimas de trata; abogan por la adopción de la legislación interna pertinente; y subrayan la responsabilidad primordial de los Estados de respetar los derechos de dichas personas, incluido el acceso a los recursos judiciales necesarios independientemente de su situación legal²⁹.

Es por ello que la OIM ha desarrollado progresivamente los conceptos de «vulnerabilidad» y de «migrante vulnerable a la violencia, la explotación o el abuso»³⁰ a fin de ofrecer una mejor protección desde el punto de vista estrictamente operacional a este colectivo que, en puridad, no puede en principio acogerse a la protección que le brindaría el asilo; no gozaría directamente de la protección que el Protocolo de trata ofrece a tales víctimas; y tampoco se encontraría amparado claramente por la referencia extremadamente genérica que el art. 4 del Protocolo sobre tráfico de migrantes hace a sus derechos humanos. En esta situación, una incipiente jurisprudencia del TEDH toma el testigo del concepto de vulnerabilidad y lo transforma en piedra angular de una nueva protección de «migrantes vulnerables a la trata», en un principio restringida solo a la trata estrictamente (mujeres explotadas sexualmente), y que luego ha extendido a migrantes sometidos a explotación laboral.

La reciente jurisprudencia del TEDH es fruto de una interpretación novedosa del art. 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) relativo a la prohibición de la esclavitud y los trabajos forzados. Así, pese a que su tenor literal no alude a la trata de personas, el TEDH, a partir de 2005 con el asunto *Siliadin c. Francia*³¹, ha desplegado la protección más amplia posible en las demandas presentadas por inmigrantes que residen y trabajan ilegal-

²⁸ Véase OIM-UNHCR, *Framework Document, Developing Standard Operating Procedures to Facilitate the Identification and Protection of Victims of Trafficking*, junio de 2020.

²⁹ *Ibid.*, p. 11.

³⁰ Véase IOM, *Handbook on Protection and assistance for migrants vulnerable to violence, exploitation and abuse*, 2019, disponible en <https://publications.iom.int/books/iom-handbook-migrants-vulnerable-violence-exploitation-and-abuse>.

³¹ Véase *Siliadin c. Francia*, núm. 73316/01, TEDH 2005, relativo a una menor togolesa confiada por su padre a un familiar en Francia para escolarizarla, regularizarla y trabajar, pero que finalmente es «cedida» a una familia para trabajar como asistenta doméstica quince horas al día, siete días a la semana, sin escolarizar, sin acceso a su pasaporte y sin regularizar, sin autorización para salir ni tiempo libre ni sueldo establecido. Véase al respecto CULLEN, H., «*Siliadin v. France*: Positive Obligations under Article 4 of the European Convention of Human Rights», *Human Rights Law Review*, vol. 6, 2006, núm. 3, p. 585.

mente en un país en el que habrían sido víctimas de tráfico, habiendo entrado en la mayoría de los casos irregularmente en el país convencidos o inducidos por terceros con promesas de trabajo y encontrándose, a la hora de la presentación de la demanda, bajo algún tipo de explotación. Para ello el Tribunal utiliza su arsenal jurídico más potente.

En primer lugar, el alto Tribunal invoca la teoría de las obligaciones positivas³², imponiendo a los Estados una mayor implicación y compromiso en la protección frente a estas conductas al aceptar la demanda, primero por entender incluidas implícitamente dichas situaciones en la protección ofrecida por el art. 4 CEDH; y, segundo, por amparar en dicha protección tanto las relaciones verticales —incumplimientos del Estado en sus relaciones con particulares— como horizontales —violaciones a cargo de personas privadas contra individuos—, dado que, automáticamente, se le supone al Estado un especial deber de vigilancia o prevención que debe verse traducido en su marco normativo interno³³. A tal efecto, el Tribunal recuerda que el art. 4 CEDH recoge uno de los valores básicos de las sociedades democráticas que componen el Consejo de Europa y es, junto con los arts. 2 y 3, un precepto indisponible por el Estado incluso en caso de emergencia nacional, no derogable por la vía del art. 15 CEDH³⁴.

En segundo lugar, el TEDH invoca otro poderoso principio interpretativo, la teoría del «instrumento vivo», conforme al cual el CEDH debe ser interpretado, en la medida de lo posible, a la luz de la circunstancias actuales, aunque sin por ello imponer cargas desproporcionadas al Estado, teniendo en cuenta las dificultades que los Estados tienen que afrontar en la regulación de situaciones actuales tan complejas como la trata de migrantes ilegales, a los que reconoce como grupo especialmente vulnerable³⁵.

Y, en tercer lugar, usará una metodología ya conocida —la de la doble naturaleza sustantiva y procesal de un determinada disposición—³⁶ a fin de extender al máximo posible la protección dispensable y la posibilidad de, en caso de no poder sostener una violación sustantiva del art. 4, apreciar una violación procesal de este por falta de una investigación adecuada de los hechos en cuestión.

En el asunto *Siliadin*, primero de la saga, el Tribunal incluye con firmeza la situación denunciada como servidumbre prohibida por el art. 4 CEDH, independientemente de que la afectada sea una inmigrante en situación irre-

³² Véase *ibid.*, párrs. 77, 79 y 89.

³³ Véanse asuntos *Siliadin*, párr. 112; asunto *L. E. c. Grecia*, núm. 71545/12, párr. 64, TEDH 2016; asunto *Chowdury y otros c. Grecia*, núm. 21884/15, párr. 86, TEDH 2017; *J. y otros c. Austria*, núm. 58216/12, párr. 36, TEDH 2017.

³⁴ Véase asunto *Siliadin*, párr. 82.

³⁵ Véanse asuntos *Siliadin*, párr. 121; asunto *Rantsev, op. cit.*, párr. 286; asunto *M. y otros c. Italia y Bulgaria*, núm. 40020/03, párrs. 146-147, TEDH 2012.

³⁶ Véase VILJANEN, J. y HEISKANEN, H. E., «The European Court of Human Rights: a Guardian of Minimum Standards in the Context of Immigration», *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 34, 2016, núm. 2, pp. 174-193.

gular en Francia, apelando no tanto al uso de la coacción, como a la indiscutible falta de elección de la demandante y su situación de vulnerabilidad³⁷, si bien no se hace extensión alguna en el contenido dispositivo del art. 4 CEDH. Habrá que esperar al siguiente caso, *Rantsev c. Chipre y Rusia*, para que proceda a dar el paso definitivo, incluyendo la trata como parte de las conductas prohibidas del art. 4 CEDH³⁸. Ello ha sido tanto celebrado³⁹ como denostado por la doctrina, en la medida en que, si bien supone ampliar su campo de protección, algunos autores entienden innecesaria la inclusión en este de la trata, bastando una profundización y gradación de las conductas ya previstas en el mismo⁴⁰. La demanda se plantea desde el principio directamente como un delito de trata por el que se solicita condena vía art. 4 CEDH, aunque no debe olvidarse que la demandante es una persona que dispone de un visado, por lo que su presencia en territorio chipriota no es ilegal. El Tribunal, construyendo sobre el razonamiento iniciado en el caso *Siliadin*, irá más allá, estableciendo, en primer lugar, que la trata es también a partir de este momento objeto de protección bajo el art. 4 CEDH; y, en segundo lugar, definiendo los principios generales a aplicar en casos futuros de la misma naturaleza.

La gravedad de las acusaciones en materia de trata hechas en el caso en cuestión, junto con la gravedad y creciente presencia de dicho tipo de criminalidad internacional; la intensa acción desarrollada a nivel internacional y más concretamente en el ámbito del Consejo de Europa; y la constatación de la fragilidad de las legislaciones de muchos Estados miembros en esta materia, justifican el pronunciamiento del TEDH sobre el fondo del asunto⁴¹, pese a las objeciones preliminares del gobierno ruso considerando la demanda incompatible *ratione materiae*.

³⁷ Una situación y planteamiento que se repetirán en el asunto *C. N. y V. c. Francia*, núm. 67724/09, TEDH 2013, también respecto de dos hermanas introducidas ilegalmente en Francia y sometidas a explotación como trabajadoras domésticas; y en el asunto *C. N. c. Reino Unido*, núm. 4239/08, TEDH 2013.

³⁸ Véase asunto *Rantsev*, cit., relativo a la muerte de una joven rusa que obtiene un visado temporal —sospechoso pero legal— de las autoridades chipriotas para trabajar en cabarets, siendo así que se encuentra, una vez en Chipre, a merced de un individuo que la priva de su pasaporte y la obliga a prostituirse. Pese a la denuncia de los hechos a la policía, esta es devuelta a su «empleador», confinada por este y finalmente aparece sin vida.

³⁹ La sentencia ha tenido una acogida muy positiva, entre otros, en FARRIOR, S., «Human Trafficking Violates Anti-Slavery Provisions: Introductory Note to *Rantsev v. Cyprus and Russia*», *International Legal Materials*, vol. 49, 2010, pp. 415-473; MCGEEHAN, N., «Misunderstood and Neglected: the Marginalization of Slavery in International Law», *The International Journal of Human Rights*, vol. 16, 2011, núm. 3, pp. 1-25; PATI, R., «States' Positive Obligations with Respect to Human Trafficking: the European Court of Human Rights Breaks New Ground in *Rantsev v. Cyprus and Russia*», *Boston University International Law Journal*, vol. 29, 2011, pp. 79-142.

⁴⁰ Especialmente críticos se muestran ALLAIN, J., «*Rantsev v. Cyprus and Russia*: The European Court of Human Rights and Trafficking as Slavery», 3 *Human Rights Law Review* (2010-10), pp. 546-557; «No Effective Trafficking Definition Exists: Domestic Implementation of the Palermo Protocol», *Albany Governmental Law Review*, vol. 7, 2014, pp. 111-129; STOYANOVA, V., «Dancing on the Borders of Article 4: Human Trafficking and The European Court of Human Rights in the *Rantsev* case», *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 30, 2012, núm. 2, pp. 163-194.

⁴¹ Véase asunto *Rantsev*, párr. 198.

El Tribunal decide unir la decisión sobre esta compatibilidad al análisis del fondo del asunto. Tras una serie de disquisiciones acerca de la interpretación teleológica, global, eficiente y actualizada de las disposiciones del Convenio⁴²; de justificar la ausencia de mención de la misma en el art. 4 CEDH, al venir este inspirado en la DUDH que tampoco la recoge⁴³; de tomar en consideración la proliferación de instrumentos internacionales sobre la materia⁴⁴; y de reflexionar sobre el componente de control físico y mental, amenaza y cosificación que la trata conlleva conforme a su definición en el Protocolo de trata, en el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos⁴⁵ (en adelante Convenio europeo contra la trata), o en cierta jurisprudencia internacional⁴⁶, abiertamente afirma que no cabe duda de que la trata de seres humanos amenaza la dignidad humana y las libertades fundamentales de sus víctimas, por lo que no puede ser considerada compatible con los valores de una sociedad democrática y con los valores de base del CEDH. A ello añade que, a la vista de su obligación de interpretar el Convenio conforme a las condiciones presentes, considera innecesario determinar si el comportamiento que se discute como objeto de la demanda constituye esclavitud, servidumbre o trabajo forzado, sino que simplemente la trata de seres humanos, conforme a su definición en el Protocolo de trata, o en el Convenio europeo contra la trata de personas, debe entenderse incluida en el ámbito de aplicación del art. 4 CEDH⁴⁷.

Y en relación expresa al tema que nos ocupa, el Tribunal será tajante al afirmar que: «*Accordingly, in addition to criminal law measures to punish traffickers, Article 4 requires member States to put in place adequate measures regulating business often used as a cover for human trafficking. Furthermore, a State's immigration rules must address relevant concerns relating to encouragement, facilitation or tolerance of trafficking*»⁴⁸. Esta relación trata/inmigración y el razonamiento reproducido respecto del art. 4 CEDH, será reiterado en asuntos posteriores⁴⁹, y se reafirmará a partir de aquí tanto en sentido negativo⁵⁰ como en sentido positivo, con la subsunción de la apreciación de situaciones de trata de diverso tipo y en diversas circunstancias en el art. 4 CEDH, como potenciales violaciones de este. Ello no hace sino responder, en última instancia, a las iniciales críticas desatadas en relación con *Rantsev* de una protección parterernalista frente a la explotación sexual/prostitución tal vez innecesaria, y de la que no se preconizaba ser aplicada en el futuro a ningún

⁴² *Ibid.*, párrs. 272-274.

⁴³ *Ibid.*, párr. 276.

⁴⁴ *Ibid.*, párr. 278.

⁴⁵ Hecho en Varsovia en 2005, ETS núm. 197, BOE núm. 219, de 10 de septiembre de 2009.

⁴⁶ Véase asunto *Rantsev*, párrs. 277 y 279.

⁴⁷ *Ibid.*, párr. 281.

⁴⁸ *Ibid.*, párr. 283.

⁴⁹ Véanse asuntos *L. E. c. Grecia*, cit., párr. 65; *Chowdury y otros*, cit., párr. 87; *T. I. y otros c. Grecia*, núm. 40311/10, párr. 135, TEDH 2019.

⁵⁰ Rechazando un supuesto caso de trata y por consiguiente violación del art. 4 CEDH en el asunto *M. y otros c. Italia y Bulgaria*, cit.

otro tipo de inmigración⁵¹, algo que el Tribunal finalmente ha refutado en sucesiva jurisprudencia.

Tal será el caso de la entrada irregular y posterior explotación sexual de una nacional nigeriana por la persona que le ofrece su traslado a Grecia, donde le será retenido su pasaporte y será sujeta a prostitución forzosa, y en el que de nuevo el concepto de vulnerabilidad juega un papel fundamental. En esta ocasión, asunto *L. E. c. Grecia*, el Tribunal afirmará, además, que la trata ha de ser afrontada por los ordenamientos internos de los Estados por la vía penal, siendo insuficiente el grado de protección que la vía civil puede procurar a la víctima. El Tribunal, adicionalmente, concretará que la violación de la obligación positiva del Estado se constata si se demuestra que el Estado (agentes aduaneros, policía, jueces, fiscales, otras autoridades implicadas) tuvieron o debieron tener conocimiento de circunstancias susceptibles de hacer pensar o suponer razonablemente que el/la demandante en cuestión estaba siendo objeto de, o se encontraba en riesgo real e inmediato de verse sometida/o a trata de personas y no adoptaron las medidas necesarias para evitar dicho riesgo. El Tribunal no duda en reconocer, como ya lo ha hecho con profusión en otras materias, que esa obligación exige una investigación efectiva, esto es, independiente de los potenciales autores, que permita identificar y sancionar a los responsables; que se trata de una obligación de medios y no de resultado; que exige una celeridad razonable o, en su caso, urgente; y a cuyo desarrollo la víctima o sus parientes cercanos deben estar asociados, a fin de proteger sus intereses legítimos⁵².

Junto con el deber de investigación, otro componente de la obligación positiva de los Estados de evitar la trata conforme a las exigencias del art. 4 CEDH es la necesidad y, en su caso, la suficiencia de las medidas operacionales adoptadas, como lo ha establecido claramente en el asunto *Chowdury y Otros c. Grecia*, extendiendo el planteamiento realizado en los asuntos *Rantsev y L. E.*, ambos ejemplos de explotación sexual, a un caso de explotación laboral⁵³, e incluyéndola igualmente, por tanto, en el concepto de trata

⁵¹ Véase STOYANOVA, V., *op. cit.*, 2012, pp. 173 y 178-180.

⁵² Véase asunto *L. E. c. Grecia*, párr. 68. Y de forma aún más detallada véase asunto *S. M. c. Croacia* (GS), núm. 60561, párrs. 312-319, TEDH 2020. Una situación de trata con fines de explotación sexual fue denunciada contra España y podía, conforme a la línea jurisprudencial desarrollada por el Tribunal, haber sido acogida, de no haber sido por la falta de poder de representación de la abogada que llevó la demanda ante el Tribunal dada la consumación de la orden de expulsión de la presunta víctima. Véase *G. J. c. España* (dec), núm. 59172/12, TEDH 2016. La respuesta del TEDH en *L. E.* ha sido criticada precisamente por la falta de precisión en la apreciación del cumplimiento de las obligaciones positivas por parte de Grecia, que el Tribunal afronta muy superficialmente en comparación con el caso anterior, interpretándose como un cierto retroceso. Véanse MILANO, V., «The European Court of Human Rights' Case Law on Human Trafficking in Light of *L. E. v. Greece*: A Disturbing Setback?», *Human Rights Law Review*, vol. 17, 2017, pp. 701-727, esp. pp. 709 y 712; STOYANOVA, V., «European Court of Human Rights and the Right Not to Be Subjected to Slavery, Servitude, Forced Labor, and Human Trafficking», en WINTERDYK, J. y JONES, J. (eds.), *The Palgrave International Handbook of Human Trafficking*, Springer, 2020, pp. 1393-1704, esp. p. 1401.

⁵³ Véase asunto *Chowdury et Autres*, cit., en el que un grupo de inmigrantes irregulares bangladesíes reclutados para trabajar en una plantación de fresas hasta diecinueve horas al día en la que

objeto de protección por el art. 4 CEDH⁵⁴. Y ello sobre la base de la definición ofrecida por el art. 4.a) del Convenio europeo contra la trata, considerándolos igualmente víctimas de esta pese a su llegada irregular y reclutamiento para los campos de fresas como inmigrantes ilegales, un elemento del que toma especial nota a fin de subrayar su vulnerabilidad. Así, el Tribunal expresamente afirma que el consentimiento previo de la víctima no es suficiente para excluir la calificación de dicho trabajo como explotación y, por ende, no obsta para considerar a los demandantes como víctimas de trata, aunque matiza claramente que el valor de dicho consentimiento —si voluntario o no— es una cuestión de hecho que habrá de ser estudiado individualmente en cada caso⁵⁵.

La referencia expresa al consentimiento en este caso supone un matiz importante y una novedad, porque el Tribunal reconoce como víctimas de trata a migrantes ilegales y, por tanto, beneficiarios de la protección del art. 4 CEDH y de las obligaciones positivas que para con ellos surgen a cargo de los Estados de residencia (disponer de un marco preventivo, protector y represor adecuado; adoptar las debidas medidas operacionales y realizar una investigación conforme a los estándares establecidos por la jurisprudencia del TEDH). Y todo ello a pesar de la existencia de un consentimiento previo, el origen consensual del tráfico de migrantes previsto en el Protocolo sobre tráfico de migrantes, con el que entraría en contradicción, pues aun así se afirma la existencia de trata, aunque el Tribunal puntualice en todo caso que el alcance de ese consentimiento deberá determinarse caso a caso.

Además, toda vez que el Tribunal considera estar en presencia de un caso de trata, y dado que en muchas ocasiones esta forma de criminalidad es transnacional y la víctima puede transitar por diversos países, con todos ellos ha de cooperarse a la hora de dar cumplimiento a las obligaciones positivas dimanadas del art. 4 CEDH: «*Member States are also subject to a duty in cross-border trafficking cases to cooperate effectively with the relevant authorities of other States concerned in the investigation of the events which occurred outside their territories*»⁵⁶.

Por último, el Tribunal ha sido especialmente contundente en el caso de inmigrantes ilegales menores atraídos para ser explotados laboralmente, en

además vivían en condiciones inadmisibles, vigilados por guardias armados, y sin derecho a descanso, se rebelan contra sus guardianes al no recibir el sueldo prometido, resultando un grupo importante de ellos heridos de gravedad (párr. 88). En el mismo sentido véase asunto *L. E. c. Grecia*, cit., párr. 73.

⁵⁴ Véase asunto *Chowdury*, párr. 282.

⁵⁵ *Ibid.*, párr. 96; asunto *V. C. L. y A. N. c. Reino Unido*, núms. 77587/12 y 74603/12, párr. 149, TEDH 2021.

⁵⁶ Véase asunto *J. y otros c. Austria*, párr. 105. La afirmación hecha en *Rantsev* ha llevado a algún autor plantearse si se ha establecido, con esta sentencia, una obligación procesal positiva de investigar sea cual sea el alcance internacional de la cadena de trata; esto es, incluso para Estados no partes en el Convenio, en casos especialmente graves y que afecten a derechos no derogables. Véase SHAYER, D. y ZWAAK, L., «*Rantsev v. Cyprus and Russia: procedural obligations of third-party countries in human trafficking under Article 4 ECHR*», *Inter-American and European Human Rights Journal*, vol. 4, 2011, núm. 1, pp. 118-154.

concreto como cuidadores de plantaciones de cannabis en Reino Unido, que se declaran, además, y a instancias de sus abogados de oficio, culpables de tráfico de drogas. A causa de esto son procesados por la vía penal por dicho delito⁵⁷, contrariamente a lo dispuesto por el art. 26 del Convenio europeo contra la trata. El propio Tribunal reconoce que dicho Convenio europeo contra la trata es de aplicación preferente ante alguna posible discrepancia con el Protocolo de trata⁵⁸; también respecto del art. 8 de la Directiva (UE) 2011/36/UE en materia de trata⁵⁹; y del art. 4.2 del Protocolo de 2014 de la OIT al Convenio sobre Trabajo Forzado, pues su objetivo no es otro que proteger más ampliamente a las víctimas; facilitar su recuperación; y procurar evitar una potencial victimización futura, particularmente mediante la garantía específica del periodo de recuperación y reflexión mínimo de 30 días previsto en el art. 13 del Convenio europeo contra la trata⁶⁰.

4. CONCLUSIONES

La opción preferente y deliberada de los Estados por una visión «securitaria», criminalizadora y represiva de la inmigración —a la que responde el Protocolo sobre tráfico de migrantes—, sea cual sea su causa y las circunstancias en las que se produce, hace que estos defiendan una división en ocasiones artificial entre dos categorías jurídicas —tráfico y trata— que cada vez con mayor frecuencia se superponen sobre el mismo ser humano, pues sus crecientes defensas ante la migración provocan el recurso a medios y vías de desplazamiento progresivamente más precarios, alimentando estos dos grandes negocios delictivos.

El Tribunal ha abierto recientemente una nueva vía con el art. 4 CEDH, en una jurisprudencia —en principio revolucionaria y no pacífica— que salvaría los escollos que la falta de «comunicación» entre los dos Protocolos de Palermo sobre tráfico de migrantes y trata provoca, y procuraría la protección de los migrantes irregulares especialmente vulnerables. La inclusión de la trata de seres humanos en el art. 4 CEDH puede ser criticable, pues el razonamiento del Tribunal, desarrollado apenas en una docena de sentencias, es sin duda

⁵⁷ En clara constatación de la debilidad que la prohibición/garantía de no procesamiento establecida en los convenios de aplicación y como ejemplo máximo de la falta de identificación proactiva de las víctimas conducente a una revictimización. Véase MILANO, V., *The human-rights based approach to human trafficking in international law: an analysis from a victim protection perspective*, Madrid, Marcial Pons, 2020, p. 147.

⁵⁸ Véase asunto *S. M. c. Croatia*, párr. 303.

⁵⁹ Véase JORDANA SANTIAGO, M., «La lucha contra la trata en el contexto europeo: ¿existe un sistema internacional de protección de víctimas verdaderamente respetuoso con los derechos humanos?», *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. XX, Valencia, 2020, pp. 327-351.

⁶⁰ Véase asunto *V. C. L and A. N.*, párr. 143. Asimismo y respecto de dicha garantía específica véase MILANO, V., *op. cit.*, 2020, pp. 183-188. La ratificación del Convenio europeo supuso la modificación de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, introduciendo el art. 59 bis, que contempla un periodo de restablecimiento y reflexión de 90 días, así como del art. 142 del Reglamento de Extranjería, Real Decreto 557/2011, de 20 de abril.

perfectible y deja aún muchas incógnitas. Pero lo cierto es que tal vez, agotada una forma de protección vía art. 3 CEDH que se adentraba «peligrosamente» en la conformación de la peliaguda política migratoria europea, el recurso al art. 4 CEDH con esta nueva interpretación no deja de ser una nueva puerta abierta a la esperanza que ofrezca justicia material ante una realidad que los Estados europeos parecen no querer reconocer.

RESUMEN

LA INSUFICIENTE PROTECCIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL DE LOS MIGRANTES IRREGULARES VÍCTIMAS DE TRATA

La inexistencia de una definición jurídica del término migrante o la concurrencia de instrumentos jurídicos internacionales parcos en conceptos o simplemente inconexos sobre los migrantes irregulares vulnerables a la trata, genera una grave desprotección que el TEDH ha comenzado a abordar recientemente en una interpretación novedosa, aunque aún controvertida e incompleta, del art. 4 CEDH, que ampararía, a partir de ahora, no solo la lucha contra la esclavitud, la servidumbre, o los trabajos forzados, sino también contra la trata de personas.

Palabras clave: Protocolo de Palermo, tráfico de migrantes, trata de personas, vulnerabilidad, art. 4 CEDH.

ABSTRACT

THE INSUFFICIENT INTERNATIONAL LEGAL PROTECTION OF IRREGULAR MIGRANTS VULNERABLE TO HUMAN TRAFFICKING

The lack of a common legal definition of the term «migrant» or the fact of international legal instruments which are sparse as for concepts or simply not interconnected being applied concurrently on irregular migrants drive, as a result, to a serious lack of protection that the ECtHR has started recently to approach under art. 4 ECHR in a new and still under construction interpretation. According to it, art. 4 ECHR would include not only servitude, slavery or forced labour but additionally trafficking in human beings.

Keywords: Palermo Protocol, smuggling of migrants, trafficking in human beings, vulnerability, art. 4 ECHR.



LAS OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS EN MATERIA DE PREVENCIÓN Y PROTECCIÓN CONTRA LA TRATA DE MUJERES CON FINES DE EXPLOTACIÓN SEXUAL EN EL CONTEXTO MIGRATORIO

Beatriz VÁZQUEZ RODRÍGUEZ*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA TIPIFICACIÓN ADECUADA Y AUTÓNOMA DEL DELITO DE TRATA Y LAS POLÍTICAS MIGRATORIAS.—3. LAS OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS EN LA PREVENCIÓN DE LA TRATA DE MUJERES CON FINES DE EXPLOTACIÓN SEXUAL.—3.1. La obligación de abordar los factores que aumentan la vulnerabilidad.—3.2. La obligación de combatir la demanda.—4. LAS OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS EN MATERIA DE PROTECCIÓN Y ASISTENCIA A LAS VÍCTIMAS DE TRATA.—4.1. La identificación temprana de las víctimas de la trata en las corrientes migratorias.—4.2. Los permisos de residencia y el acceso a la prestación de servicios adecuados.—5. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS Y LA OBLIGACIÓN DE DILIGENCIA DEBIDA EN VIRTUD DEL DERECHO INTERNACIONAL.—6. HACIA UNA PROTECCIÓN INTEGRAL.

1. INTRODUCCIÓN

La trata de personas con fines de explotación sexual es la forma más común de explotación y según los datos estadísticos afecta de manera desproporcionada y mayoritaria a las mujeres¹. Los actuales flujos migratorios han tenido un impacto directo en el aumento de los niveles de trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual y han actuado como catalizador de otras formas emergentes de explotación a las que están sujetas las mujeres y niñas víctimas de la trata². Recientemente, la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre

* Profesora de Derecho Internacional Público en la Universidad de Oviedo y miembro del Grupo de Investigación Consolidado de Derecho Europeo de la Universidad de Oviedo «EURODER-UNIOVI-IDI/2018/000187» (vazquezbeatriz@uniovi.es). Estudio realizado en el marco del proyecto de I+D DER2017-86017-R, «Obstáculos a la movilidad de personas en los nuevos escenarios de la UE». Todas las páginas web de referencia han sido consultadas por última vez el 15 de junio de 2021.

¹ Según UNODC, «Global Report on Trafficking in Persons, 2020», p. 36 (https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tip/2021/GLOTiP_2020_15jan_web.pdf), la trata con fines de explotación sexual afecta en un 67 por 100 a mujeres.

² VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, B., «Nuevas tendencias de violencia sexual y violencia por motivos de género como consecuencia del aumento del extremismo violento», en NÚÑEZ PAZ, M. I. y JIMÉNEZ BLANCO, P.

la trata de personas, especialmente mujeres y niños, ha subrayado la conexión directa que existe entre la trata de mujeres y los movimientos migratorios, haciendo hincapié en la necesidad de «colmar las lagunas de los actuales marcos internacionales y nacionales sobre la trata de personas y de adoptar un enfoque basado genuinamente en los derechos humanos»³. Compartiendo esta preocupación, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW) adoptó la Recomendación General núm. 38 relativa a la trata de las mujeres y las niñas en el contexto de la migración mundial⁴ con el objetivo de definir el alcance y las obligaciones de los Estados parte y que estos tomen todas las medidas necesarias para prevenir todas las formas de trata de mujeres y niñas con perspectiva de género y evitando su revictimización.

Esto es así porque la propia comprensión de la trata por parte de la comunidad internacional y su evolución —que ha orbitado entre la concepción de este fenómeno desde la óptica de la justicia penal a su entendimiento como una vulneración de derechos humanos— y la complejidad del contexto en el que se desarrolla, hacen complicado delimitar el alcance de las obligaciones de los Estados en el contexto de la migración, lo que a su vez se traduce en la falta de sistemas de control adecuados por parte de los Estados para cumplir con sus obligaciones de identificar a las víctimas de la trata, ofrecer protección y apoyo inmediatos, proporcionar asistencia jurídica y no penalizar a las víctimas. En este sentido, las respuestas de varios Estados, al afrontar la trata de mujeres como una cuestión de seguridad u orden público, han llevado a la adopción de normativa interna y políticas migratorias que no han tenido en cuenta las necesidades de las víctimas de la trata, y en algunos casos socaban, todavía más, los derechos de las mujeres migrantes víctimas de este tipo de explotación. En el caso de España, el tema resulta de especial interés, dado que por su situación geográfica es una puerta de entrada de migración en Europa y también de tránsito para las víctimas de trata con fines de explotación sexual. Como Estado parte en varios tratados internacionales y regionales, también está obligada a adoptar determinadas medidas para combatirla y proteger a las víctimas. No obstante, varios informes —institucionales y de ONG—, al analizar el grado de cumplimiento del Estado español con respecto de algunas de sus obligaciones han registrado deficiencias⁵.

De esta forma, este trabajo tratará de analizar el alcance de las obligaciones de los Estados en materia de prevención contra la trata y la protección de

(eds.), *Mujer sujeto u objeto de derechos reproductivos: derechos de los menores y maternidad por sustitución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 221-243.

³ Relatora Especial sobre trata de personas, especialmente mujeres y niños, «Trata de personas, especialmente mujeres y niños», A/HRC/44/45, de 6 de abril de 2020, p. 14.

⁴ CEDAW, *Recomendación General núm. 38 relativa a la trata de mujeres y niñas en el contexto de la migración mundial*, CEDAW/C//GC/38, de 20 de noviembre de 2020.

⁵ Véanse entre otros: COMMITTEE OF THE PARTIES OF THE COUNCIL OF EUROPE, *Recommendation CP(2018)27 on the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Spain*, de 9 de noviembre de 2018; DEFENSOR DEL PUEBLO DE ESPAÑA, *Informe sobre la trata de seres humanos en España: víctimas invisibles*, 2012; AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Informe «Cadenas invisibles: Identificación de las víctimas de Trata en España»*, 2020.

las víctimas objeto de esas prácticas. Veremos cómo los instrumentos internacionales que abordan el fenómeno de la trata y la protección de las mujeres víctimas de trata con fines de explotación sexual inciden con carácter limitado en las medidas de protección de las mujeres en el contexto migratorio; sin embargo, posteriores desarrollos ponen de relieve la intrínseca relación que existe entre la trata y este tipo de movimientos. Las obligaciones derivadas de los instrumentos jurídicos relativos en el marco jurídico regional europeo apuntan a un reforzamiento de las obligaciones de los Estados para proteger a las víctimas de trata establecidas en los mecanismos internacionales; no obstante, también señalan carencias con respecto a la necesaria reivindicación de un enfoque de derechos humanos, incluida la perspectiva de género para combatir este fenómeno.

2. LA TIPIFICACIÓN ADECUADA Y AUTÓNOMA DEL DELITO DE TRATA Y LAS POLÍTICAS MIGRATORIAS

Una de las obligaciones más claras para combatir la trata que se desprende de los instrumentos internacionales⁶ es la de que los Estados partes deberán adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar la trata de personas como delito en su Derecho interno. En esta misma línea, el art. 6 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) impone a los Estados una obligación de adoptar todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer⁷. En términos generales, los Estados han asumido esta obligación; sin embargo, existen dos dificultades. La primera estriba en delimitar el alcance de la misma con respecto de la trata con fines de explotación sexual ya que algunos Estados al considerar la prostitución como una de las formas más típicas de esta forma de trata, no las tipifican de forma autónoma⁸. La segunda es que, en algunos casos, si bien los Estados cumplen con la obligación de tipificar el delito de trata, a su vez adoptan otras normas o políticas internas —p. ej., en materia de inmigración— que no tienen en cuenta los derechos de las mujeres migrantes, y en muchos casos incluso se las criminaliza.

En relación con la primera cuestión, el Comité CEDAW ha puntualizado que no se trata solo de la obligación de los Estados de tipificar el delito en sus ordenamientos internos, sino de hacerlo en consonancia con la defini-

⁶ OBOKATA, T., *Trafficking of Human Beings from a Human Rights Perspective: towards a Holistic Approach*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, pp. 148-150.

⁷ Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer, A/RES/34/180, de 18 de diciembre de 1979. En el mismo sentido se ha pronunciado el CEDAW, *Recomendación General núm. 19 sobre la violencia contra la mujer*, CEDAW/C/GC/19, de 29 de enero de 1992.

⁸ Sobre la implementación del Protocolo de Palermo en los ordenamientos internos véase ALLAIN, J., «No effective trafficking definition exists: domestic implementation of the Palermo Protocol», *Albany Government Law Review*, vol. 7, 2014, núm. 1, pp. 111-142.

ción recogida en el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños (Protocolo de Palermo)⁹, añadiendo que debe hacerse de manera adecuada —incluyendo programas dirigidos a las mujeres que deseen abandonar la prostitución—¹⁰, autónoma —ya que en algunos Estados la legislación sobre la trata de personas se aplica indiscriminadamente a las mujeres que ejercen la prostitución sin existir tal vínculo—¹¹ y de manera que la normativa interna exima de responsabilidad penal a las víctimas de trata por haber sido obligadas a ejercer la prostitución¹². Este principio de no penalización entraña una obligación de proteger a las víctimas de ser enjuiciadas como consecuencia de su situación y supone un elemento esencial de derechos humanos con el que debe encararse la trata, pero también como un elemento para combatir la trata, fomentando la posibilidad de que las víctimas presenten denuncias contra sus tratantes. Esta medida de Derecho penal sustantivo se recogió por primera vez en el art. 26 del Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos, por lo que se puede considerarse como el mayor avance de este instrumento en la protección a las mujeres víctimas de trata¹³.

Finalmente, el Comité CEDAW también ha puntualizado que la obligación del art. 6 CEDAW se extiende a la investigación y enjuiciamiento de los tratantes y bandas criminales que se lucran de la explotación sexual de las mujeres; sin embargo, como ha manifestado el Comité, en algunos Estados la tasa de enjuiciamientos y el número de condenas relacionados con la trata de mujeres con aquellos fines son muy reducidos¹⁴, lo que puede ser un indicador de que las medidas adoptadas no son efectivas.

En relación con las segundas, en el actual contexto migratorio se hace necesario que los Estados superen ese enfoque tradicional de la tipificación de la trata como delito y vayan más allá, lo que significa que al adoptar cualquier otra medida para combatir la trata y la explotación que ella conlleva, deben tener en cuenta un enfoque integral de derechos humanos, dado que este fenómeno afecta de manera desproporcionada a las mujeres cuyos dere-

⁹ CEDAW, *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Zimbabwe*, CEDAW/C/ZWE/CO/6, de 10 de marzo de 2020, p. 8; CEDAW, *Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Costa Rica*, CEDAW/C/CRI/CO/7, de 24 de julio de 2017, p. 7; CEDAW, *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Jordania*, CEDAW/C/JOR/CO/6, de 9 de marzo de 2017, p. 12.

¹⁰ CEDAW, *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Eritrea*, CEDAW/C/ERI/CO/6, de 10 de marzo de 2020, p. 8.

¹¹ CEDAW, *Observaciones finales sobre los informes periódicos octavo y noveno combinados de El Salvador*, CEDAW/C/SLV/CO/8-9, de 9 de marzo de 2017, p. 8.

¹² CEDAW, *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Seychelles*, CEDAW/C/SYC/CO/6, de 12 de noviembre de 2017, p. 7.

¹³ Véase GALLAGHER, A., «Recent Legal Developments in the Field of Human Trafficking: A Critical Review of the 2005 European Convention and Related Instruments», *European Journal of Migration and Law*, vol. 8, 2006, p. 188.

¹⁴ CEDAW, *Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto a séptimo combinados de Letonia*, CEDAW/C/LVA/CO/4-7, de 10 de marzo de 2020, p. 9; CEDAW, *Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Suiza*, CEDAW/C/CHE/CO/4-5, de 25 de noviembre de 2016, p. 11.

chos muchas veces ya están gravemente comprometidos por tener, además, la condición de persona migrante. En este sentido, la adopción de políticas sumamente proteccionistas contra la migración por parte de los Estados para responder a los crecientes flujos migratorios puede incidir muy negativamente tanto en los Estados de origen como en los Estados receptores de inmigración. En el primer caso, porque estas políticas tan restrictivas pueden suponer una disminución en las oportunidades de emigrar de estas mujeres buscando alternativas en canales no legales de emigración, lo que hace que se fomenten las redes clandestinas de migrantes. En cuanto a los Estados receptores, este tipo de políticas proteccionistas contra la inmigración pueden incidir negativamente en las estrategias para combatir la trata suponiendo una vulneración de los derechos de las víctimas que además no tengan en cuenta sus necesidades. Esto significa que las políticas migratorias adoptadas por los Estados deben ser compatibles con las obligaciones internacionales asumidas por los Estados en tratados de derechos humanos de los que son parte.

3. LAS OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS EN LA PREVENCIÓN DE LA TRATA DE MUJERES CON FINES DE EXPLOTACIÓN SEXUAL

El Protocolo de Palermo reconoce de forma implícita medidas específicas para prevenir la trata con fines de explotación sexual y ponen de relieve el vínculo de la trata de mujeres en el contexto migratorio, contemplando así su posible carácter transnacional. De esta forma, este instrumento reconoce una clara obligación de los Estados en materia de prevención que tienen como objetivo principal combatir los factores que contribuyen a aumentar la vulnerabilidad de las mujeres a la trata, como las situaciones de pobreza o la falta de oportunidades equitativas, así como luchar contra la demanda de trata a través de la adopción de medidas legislativas, educativas, sociales o culturales.

3.1. La obligación de abordar los factores que aumentan la vulnerabilidad

Se sabe que la feminización de la pobreza o las desigualdades en la educación y formación son situaciones que llevan a las mujeres a emigrar buscando un futuro mejor. En un alto porcentaje, los grupos delictivos las engañan prometiéndoles una vida mejor y después las obligan a ejercer la prostitución, por lo que resulta fundamental que los Estados adopten medidas eficaces para combatir esas situaciones de vulnerabilidad. Concretamente, el Comité CEDAW ha incidido en la necesidad de que los Estados realicen las investigaciones oportunas sobre las causas profundas del fenómeno de trata de mujeres con fines de explotación sexual con el fin de adoptar políticas eficaces en su lucha, abordando las causas fundamentales de la explotación de

las mujeres que ejercen la prostitución, ofreciendo oportunidades educativas y de ingresos alternativos a las mujeres en situación de riesgo y adoptando programas de asistencia para aquellas que deseen abandonar la prostitución¹⁵.

3.2. La obligación de combatir la demanda

En cuanto a las medidas para mitigar la demanda, si bien se entiende que van dirigidas a cualquier forma de explotación, es claro que uno de sus objetivos principales se vincula a disuadir el consumo de formas de trata con fines de explotación sexual como la prostitución o el turismo sexual, que se ve cada vez más impulsada por los grandes beneficios para los tratantes de personas. El Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos de 16 de mayo de 2005, en materia de prevención, a diferencia de los instrumentos internacionales referidos a la trata, dedica un artículo específico a la adopción por parte de los Estados de todo tipo de medidas para concienciar y desincentivar la demanda. Es cierto que este instrumento también se refiere a la reducción de la demanda de mujeres y niñas víctimas de la trata para cualquier forma de explotación, sin embargo hay que recordar que ya en los Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas elaborados por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos¹⁶ se sugirió específicamente que los Estados analizaran los factores que crean demanda de servicios de comercio sexuales, puesto que la demanda de este tipo de servicios se identifica como una de las principales causas de la trata con fines de explotación sexual. Al dedicar un artículo específico a esta cuestión, se está incidiendo que, en el marco de la prevención, debe abordarse necesariamente este aspecto, teniendo en cuenta tanto a los demandantes de prostitución como a la sociedad en su conjunto. Además, la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas contra la trata de seres humanos¹⁷ (a partir de ahora la Directiva 2011/36) enumera una serie de medidas con el fin de desalentar y disminuir la demanda, incluyendo la posibilidad de que los Estados miembros tipifiquen penalmente el uso de servicios que son objeto de explotación. No obstante, la propia Comisión Europea ha apuntado deficiencias en la aplicación de la directiva y su necesidad de reforzarla en lo relativo al cumplimiento de este objetivo cuando recientemente ha señalado que: «El diverso panorama jurídico en cuanto a la tipificación como

¹⁵ CEDAW, *Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico del Congo*, CEDAW/C/COG/CO/7, de 9 de noviembre de 2018, p. 9.

¹⁶ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas*, E/2002/68/Add.1, de 20 de mayo de 2002.

¹⁷ Directiva 2011/36/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI, del Consejo, DO L núm. 101, de 15 de abril de 2011.

delito del uso de los servicios de las víctimas de la trata puede dificultar los esfuerzos adicionales para desalentar la demanda de estos servicios»¹⁸.

En esa línea, el Parlamento Europeo ha recomendado la revisión de la citada directiva con el objeto de reforzar «una perspectiva horizontal que tenga en cuenta las cuestiones de género y de la infancia en todas las formas de trata de seres humanos»¹⁹, dando prioridad al desarrollo de medidas de prevención del delito de trata con fines de explotación sexual²⁰. Entre estas medidas, se pide analizar en qué manera la demanda de servicios sexuales sirve de acicate para la trata de seres humanos. También se debería considerar que los Estados miembros tipifiquen como delito penal en sus ordenamientos nacionales el uso con conocimiento de causa de los servicios prestados por las víctimas de la trata, conforme a lo recomendado en el art. 18 de la Directiva contra la trata de seres humanos.

El pasado mes de abril, la Comisión ha presentado una nueva estrategia contra la trata de seres humanos (2021-2025); en ella, la prevención de la trata aparece como la prioridad de la Comisión en lo que atañe a la intensificación de la actuación de la Unión Europea contra la trata de seres humanos y además se incluye una dimensión de género, lo que puede suponer un avance positivo a la hora supervisar la aplicación de la legislación de la Unión contra la trata de seres humanos. Las medidas fundamentales de la estrategia van en línea con las planteadas por el Parlamento Europeo: la reducción de la demanda de la trata estudiando la posibilidad de adoptar normas mínimas que tipifiquen como delito el uso de servicios derivados de la explotación de víctimas de trata; proteger, apoyar y empoderar a las víctimas con especial atención a las mujeres y los niños; el fomento de la formación específica de agentes de policía, trabajadores sociales, guardias de fronteras y personal sanitario y —finalmente— posibilitar la detención temprana de las víctimas²¹.

4. LAS OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS EN MATERIA DE PROTECCIÓN Y ASISTENCIA A LAS VÍCTIMAS DE TRATA

Como se ha dicho, las mujeres objeto de trata con fines de explotación sexual en el contexto migratorio suelen ser consideradas como criminales más

¹⁸ COMISIÓN EUROPEA, *Tercer informe sobre el progreso en la lucha contra la trata de seres humanos (2020) con arreglo a lo exigido en virtud del art. 20 de la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas*, COM (2020) 661 final, de 20 de octubre de 2020.

¹⁹ PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución sobre la aplicación de la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas* [2020/2029(INI)], P9_TA(2021)0041, de 10 de febrero de 2021.

²⁰ Sobre la necesidad de este tipo de medidas, véase EUROPEAN INSTITUTE FOR GENDER EQUALITY (EIGE), *Gender-specific measures in anti-trafficking actions*, 2018, pp. 57-61 (disponible en <https://eige.europa.eu/publications/gender-specific-measures-anti-trafficking-actions-report>).

²¹ COMISIÓN EUROPEA, *EU Strategy on Combatting Trafficking in Human Beings (2021-2025)*, COM (2021) 171 final, de 14 de abril de 2021.

que como víctimas, ya que en algunos casos utilizan documentación falsa para la entrada y salida de determinados Estados, lo que las puede colocar en una situación migratoria irregular. A ello se suma la posibilidad de que estas mujeres también puedan ser condenadas por delitos como la prostitución y el trabajo sexual, lo que a su vez se traduce en una limitación en el acceso de estas víctimas a las medidas de protección y asistencia en los Estados receptores.

Si bien el Protocolo de Palermo estableció como una de sus finalidades principales la protección y ayuda a las víctimas de la trata, es significativo que en las primeras versiones del proyecto esta dimensión no se contemplaba²², lo que refuerza la idea de que desde la óptica de los derechos humanos estas obligaciones para los Estados no eran una cuestión prioritaria. Es cierto que el citado Protocolo recoge algunas medidas en las fronteras, dado que aconseja a los Estados reforzar los controles fronterizos para prevenir y detectar la trata, particularmente adoptando medidas para evitar que se utilice el transporte comercial para la comisión del delito de trata. Además, añade la necesidad de que los Estados adopten los medios necesarios para garantizar la calidad, integridad y seguridad de los documentos de viaje e identidad. El Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio de Varsovia)²³ también se refiere a las medidas fronterizas, a la seguridad, al control y validez de los documentos y a la repatriación y retorno, aunque lo cierto es que en este último caso no hay mucha distancia con las medidas adoptadas en el Protocolo de Palermo sobre el particular, pero en esta ocasión parecen estar más encaminadas a la identificación de las víctimas de trata y no a los autores de los delitos, imponiéndose la seguridad de las víctimas y teniendo en cuenta, además, la dignidad de estas.

4.1. La identificación temprana de las víctimas de la trata en las corrientes migratorias

Como se ha dicho, el Protocolo de Palermo recoge alguna medida fronteriza pero parece que el objetivo principal es detectar a las personas o grupos de personas implicadas en un delito de trata, pero no inserta referencia alguna a la detección e identificación y en su caso, protección de las víctimas de trata en el catálogo de medidas referidas a las medidas transfronterizas, pese a que es fundamental establecer procedimientos específicos para que los Estados puedan detectar e identificar a las víctimas en los controles fronterizos cuando estos movimientos son de carácter transnacional.

El Comité CEDAW sí se ha manifestado sobre la importancia del establecimiento de medidas adecuadas de identificación con carácter preventivo para

²² Véase el art. 1 del Proyecto revisado de protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, A/AC.254/4/Add.3/Rev.7, de 19 de julio de 2000.

²³ Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, *BOE* núm. 219, de 10 de septiembre de 2009.

poder detectar a las víctimas, especialmente en las fronteras²⁴ y más aún en el contexto de las crecientes corrientes migratorias, donde también apunta que las mujeres víctimas de trata, en muchos casos, suelen ser consideradas por los Estados como delincuentes o migrantes en situación irregular²⁵. Por ello, incide en la necesaria capacitación de la policía de fronteras y también de agentes de orden, jueces, fiscales, funcionarios de inmigración²⁶, así como inspectores de trabajo y de salud y trabajadores sociales, con el objetivo de que puedan ser identificadas a su llegada y se las derive a la mayor celeridad a servicios apropiados que tengan en cuenta la perspectiva de género. Esa capacitación, según el Comité CEDAW, se vuelve fundamental cuando existen denuncias de presunta participación de funcionarios públicos en casos de trata de mujeres para la industria del sexo y redes de corrupción con fines de explotación sexual, ámbito sobre el que además de apelar a los Estados para que sus autores reciban un castigo adecuado y se investiguen los casos de corrupción, el Comité CEDAW incide en el desarrollo de programas de concienciación y capacitación para ese sector concreto²⁷.

En síntesis, como ha puesto de relieve la Relatora Especial sobre la pronta identificación de las personas en las corrientes migratorias mixtas, esto requiere que se adopte un enfoque innovador basado en los indicadores de vulnerabilidad de la trata y la garantía de un apoyo temprano²⁸. Mientras los Estados se centren en la persecución penal del delito de trata en los controles migratorios ante la llegada de posibles víctimas de trata y no en aumentar sus capacidades para la identificación de estas víctimas y respetando sus derechos, se corre el peligro de que aquellos no puedan cumplir con su obligación de garantizar la protección y asistencia de estas víctimas.

4.2. Los permisos de residencia y el acceso a la prestación de servicios adecuados

El art. 7 del Protocolo de Palermo se ocupó del régimen aplicable a las víctimas de trata en el Estado receptor y la posibilidad de que los Estados adopten medidas legislativas u otras apropiadas para permitir a las víctimas de trata permanecer en su territorio, temporal o permanentemente. Dada la sensibilidad de la cuestión, no parece casual que esta disposición fuese

²⁴ *Proyecto revisado de protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños...*, op. cit., p. 9.

²⁵ CEDAW, *Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Italia*, CEDAW/C/ITA/CO/7, de 24 de julio de 2017, p. 10.

²⁶ CEDAW, *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Eritrea*, CEDAW/C/ERI/CO/6, de 10 de marzo de 2020, p. 8.

²⁷ CEDAW, *Observaciones finales sobre los informes periódicos séptimo y octavo combinados de Rumanía*, CEDAW/C/ROU/CO/7-8, de 24 de julio de 2017, pp. 8-9; CEDAW, *Observaciones finales sobre los informes periódicos 6.º y 7.º combinados de Tailandia*, CEDAW/C/THA/CO/6-7, de 24 de julio de 2017, p. 9.

²⁸ Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, *Informe sobre la pronta identificación de las personas en las corrientes migratorias mixtas*, A/HRC/38/45, de 14 de mayo de 2018.

objeto de intensas discusiones entre algunos Estados durante la elaboración del Protocolo, en las que la mayoría de las delegaciones expresaron sus preocupaciones entendiéndolo que podría «involuntariamente convertirse en un medio de migración ilícita si los Estados parte tenían la obligación de promulgar legislación para permitir que las víctimas permaneciesen»²⁹. Si bien la disposición parece tener un carácter potestativo, se intentó matizar con el siguiente apartado, que apela a la debida consideración de factores humanitarios y personales para conceder la residencia a las víctimas de trata. *A priori* podría considerarse que este segundo apartado de la disposición ha tenido en cuenta un enfoque de derechos humanos; no obstante, en algunos casos de la práctica ha conducido a una doble vulneración de derechos humanos de las mujeres migrantes dado que algunos Estados han utilizado esta disposición como un elemento de coacción a las víctimas de trata con el objetivo de obligarlas a que colaboren con las autoridades a cambio de obtener un permiso de residencia.

El Comité CEDAW también ha querido recordarle a varios Estados que la posibilidad de conceder la residencia a las víctimas de trata no puede estar supeditada a la voluntad de que estas acepten cooperar con la policía y denunciar a los tratantes³⁰, y al respecto pone especial énfasis en la situación de las mujeres migrantes, que en muchos Estados no tienen derecho a obtener un permiso de residencia temporal a menos que cooperen con la policía y las autoridades judiciales³¹. En esa línea, solicita a los Estados que se refuerce el apoyo, en particular, a las mujeres migrantes víctimas de trata, de forma que no tengan que enfrentarse a sus tratantes en las comisarías de policía para iniciar actuaciones penales³², así como que se proporcione acceso a servicios de asesoramiento sobre sus derechos y a tratamiento médico³³ y psicológico que atienda necesidades especializadas de las mujeres³⁴ y suponga la rehabilitación efectiva, sin que sean discriminadas por el personal sanitario por haber ejercido la prostitución³⁵.

Así, en la mayoría de sus observaciones más recientes, el Comité CEDAW pone de relieve el bajo nivel de compromiso de un número importante de Estados para vigilar y combatir la trata y las corrientes migratorias a que estas dan lugar; además observa que las medidas de protección a las víctimas son

²⁹ Art. 5 del *Proyecto revisado de protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños...*, *op. cit.*

³⁰ CEDAW, *Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Suiza*, CEDAW/C/CHE/CO/4-5, de 25 de noviembre de 2016, p. 12.

³¹ CEDAW, *Observaciones finales sobre los informes periódicos séptimo y octavo combinados de Francia*, CEDAW/C/FRA/CO/7-8, de 25 de julio de 2016, p. 11.

³² CEDAW, *Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto a séptimo combinados de Letonia*, CEDAW/C/LVA/CO/4-7, de 10 de marzo de 2020, p. 9.

³³ CEDAW, *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de la República de Moldova*, CEDAW/C/MDA/CO/6, de 10 de marzo de 2020, p. 9.

³⁴ *Ibid.*, p. 9; CEDAW, *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Zimbabwe*, CEDAW/C/ZWE/CO/6, de 10 de marzo de 2020, p. 8.

³⁵ CEDAW, *Observaciones finales sobre los informes periódicos octavo y noveno combinados de El Salvador*, CEDAW/C/SLV/CO/8-9, de 9 de marzo de 2017, p. 8.

ineficaces, en particular en los casos de víctimas de trata con fines de explotación sexual. Por ello, ha adoptado la Recomendación General núm. 38, relativa a la trata de mujeres y niñas en el contexto de la migración mundial, donde ha vuelto a recordar que «si bien la trata de personas se define como delito en el Derecho internacional, la obligación primordial de los Estados parte es combatirla de una manera que respete, proteja y haga efectivos los derechos humanos de las personas»³⁶. En un contexto de migración, donde las mujeres corren un mayor riesgo de ser víctimas de trata en todas las etapas de los ciclos migratorios, el Comité CEDAW entiende que —si bien la gestión de sus fronteras y la regulación de la migración es una competencia exclusiva de los Estados— estos deben hacerlo respetando las obligaciones asumidas en los tratados de derechos humanos de los que son Parte. Además, el Comité insiste en la existencia de obligaciones para los Estados en lo relativo a la adopción de medidas de asistencia y protección para las mujeres víctimas de trata ya que «el Derecho internacional de los derechos humanos impone a los Estados obligaciones positivas de detectar a las víctimas de la trata»³⁷, las cuales tienen una condición especial y derecho a recibir asistencia y medidas de protección especiales del Estado³⁸, lo que supone el establecimiento de servicios apropiados, inclusivos y accesibles y que no se las penalice por delitos cometidos como consecuencia de haber sido objeto de trata, protegiéndolas además frente a la revictimización.

El Convenio de Varsovia también ha reconocido la obligación de los Estados con respecto de la vida privada e identidad de las víctimas y de asistencia a las víctimas, lo que implica que los Estados deben adoptar una amplia gama de medidas legislativas o de otra índole necesarias para proveer el restablecimiento físico, psicológico y social de las víctimas. Además de este enfoque en los derechos de las víctimas, la novedad con respecto de estas medidas es el art. 13, que obliga a los Estados a prever en su Derecho interno un periodo de restablecimiento y reflexión de al menos treinta días, durante el cual no podrá ejecutarse ninguna medida de expulsión contra una víctima o presunta víctima de trata, con el fin de que esta pueda restablecerse, escapar de la influencia de los traficantes y/o tomar una decisión sobre una posible cooperación con las autoridades competentes. Sin embargo, algunos³⁹ también han querido ver ciertas debilidades en el contenido de esta disposición, por una parte, porque el plazo establecido de treinta días no parece un periodo suficiente para la recuperación de una mujer víctima de trata que esté amenazada o que ha podido estar sujeta a la explotación sexual durante años y, por otra parte, porque el art. 13.3 establece una cláusula de salvaguardia que permite a los Estados no respetar el citado plazo cuando existan motivos de orden público.

³⁶ CEDAW, *Recomendación general núm. 38...*, *op. cit.*, p. 4.

³⁷ *Ibid.*, apdo. 38.

³⁸ *Ibid.*, apdo. 39.

³⁹ Véase VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos: una incriminación dictada desde el derecho internacional*, Navarra, Aranzadi Thomson Reuters, 2011, pp. 191-192.

En el ámbito de la Unión Europea, la Directiva 2011/36 «adopta un enfoque respecto a la lucha contra la trata de seres humanos integrado, global y basado en los derechos humanos» cuyos objetivos más importantes se extienden a «un mayor rigor en la prevención, el enjuiciamiento y la protección de los derechos de las víctimas»⁴⁰. Así, la Directiva desglosa en artículos diferentes las medidas de asistencia y apoyo a las víctimas mientras que las medidas de protección se proporcionan específicamente en el marco de las investigaciones y de procesos penales, reconociendo explícitamente que las citadas medidas no podrán supeditarse a la voluntad de la víctima de cooperar en las investigaciones. Las medidas de protección que se circunscriben a las investigaciones y los procesos penales —y que se aplicarán junto con las contenidas en la Decisión marco del Consejo relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal—⁴¹ deben suponer el acceso inmediato al asesoramiento jurídico, la representación legal y la posibilidad de reclamar una indemnización y han de adoptarse sobre la base de evaluaciones individuales.

5. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS Y LA OBLIGACIÓN DE DILIGENCIA DEBIDA EN VIRTUD DEL DERECHO INTERNACIONAL

Si bien las obligaciones de los Estados para prevenir y combatir la trata de mujeres se desprenden de la ratificación de diferentes tratados internacionales que establecen medidas concretas tal como se ha abordado en los epígrafes anteriores, estas también emanan de las obligaciones positivas de los Estados de proteger a las víctimas o presuntas víctimas de trata frente a abusos de los derechos humanos. Así, como se recogió en los Principios recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas: «Los Estados tienen la obligación, con arreglo al Derecho internacional, de actuar con la diligencia debida para prevenir la trata de personas, investigar y procesar a quienes cometen y ayudan a proteger a las víctimas de ella»⁴². En ese sentido, es importante subrayar la importante labor jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) vinculada a las obligaciones positivas de los Estados para proteger a las víctimas de trata y que se ha considerado que «se encuentra en el origen de lo que podría calificarse como un incipiente sistema de cumplimiento de la obligación de proteger a las víctimas de trata por parte de los Estados»⁴³.

⁴⁰ Directiva 2011/36/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, cit., preámbulo.

⁴¹ Decisión marco 2001/220/JAI, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, DO L núm. 82, de 22 de marzo de 2001.

⁴² ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Principios y Directrices recomendados...*, op. cit.

⁴³ CASTAÑO REYERO, M. J., «Un estatuto de protección internacional para las víctimas de trata desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos», en MARTÍN OSTOS, J. (dir.), *La tutela de la víctima de trata: una perspectiva penal, procesal e internacional*, Barcelona, Bosch, 2019, p. 172.

El TEDH ha reconocido en varios casos la obligación de los Estados de proteger a las víctimas y de adoptar medidas necesarias para combatir la trata de mujeres con fines de explotación sexual⁴⁴ en casos en los que las víctimas se habían desplazado a otros Estados en búsqueda de oportunidades laborales o engañadas con falsas promesas de empleo por tratantes en cuanto a la actividad a realizar y a sus condiciones. El punto de partida con respecto de la inclusión del fenómeno de la trata como un tipo incluido en el art. 4 del Convenio se sitúa en el asunto *Rantsev c. Chipre y Rusia*, donde el Tribunal consideró que a pesar de no encontrarse expresamente recogida «la propia trata de personas puede ser considerada contraria al espíritu y propósito del art. 4 del Convenio en grado tal, como para entrar dentro del ámbito de las garantías ofrecidas por dicho artículo»⁴⁵. Una vez aceptada la inclusión de la trata de seres humanos como prácticas susceptibles de protección por parte del TEDH, este se ha pronunciado sobre el alcance de las obligaciones asumidas por los Estados⁴⁶. El Tribunal estima que existe una obligación específica de adoptar todas las medidas legislativas o de cualquier otro tipo para combatir la trata, entendiendo que las obligaciones positivas que se derivan del art. 4 deben extenderse a la adopción de otras «medidas apropiadas dentro del alcance de sus potestades, para apartar a dicho individuo de la situación o riesgo»⁴⁷. Lo que supone una obligación para los Estados de adoptar medidas para investigar de manera efectiva las denuncias de trata⁴⁸, y en su caso, aquellas de carácter procesal necesarias para garantizar el cumplimiento de esa obligación. De esta forma, ha afirmado que la falta de medidas de investigación adicionales por parte de la policía y la negativa injustificada de iniciar procedimientos penales supone una violación del Convenio porque el Estado no cumplió con su obligación de tomar medidas concretas para proteger a las víctimas reales o potenciales de un trato contrario al art. 4⁴⁹. El Tribunal también ha enfatizado en la necesidad de que tales investigaciones fueran completas y efectivas, esto significa que deben de cubrir todos los aspectos de las denuncias de trata, desde el reclutamiento hasta la explota-

⁴⁴ Es cierto que con carácter previo ya se había pronunciado sobre las obligaciones positivas de los Estados pero vinculados a otra forma de trata, el trabajo forzado. Así el TEDH reconoció que: «*In those circumstances, the Court considers that limiting compliance with Article 4 of the Convention only to direct action by the State authorities would be inconsistent with the international instruments specifically concerned with this issue and would amount to rendering it ineffective. Accordingly, it necessarily follows from this provision that States have positive obligations, in the same way as under Article 3 for example, to adopt criminal-law provisions which penalise the practices referred to in Article 4 and to apply them in practice*», *Siliadin c. Francia*, núm. 73316/01, TEDH 2005, párr. 89.

⁴⁵ *Rantsev c. Chipre y Rusia*, núm. 25965/04, TEDH 2010, párr. 279.

⁴⁶ Sobre este asunto, véanse ALLAIN, J., «*Rantsev v. Cyprus and Russia: The European Court of Human Rights and Trafficking as Slavery*», *Human Rights Law Review*, vol. 10, 2010, núm. 3, pp. 546-557; BONET PÉREZ, J., «La interpretación de los conceptos de esclavitud y de otras prácticas análogas a la luz de ordenamiento jurídico internacional: Aproximación teórica y jurisdiccional», en PÉREZ ALONSO, E. J. (dir.), *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 203-207; BEDMAR CARRILLO, E., «Concepción jurisprudencial de las formas contemporáneas de esclavitud», en PÉREZ ALONSO, E. J. (dir.), *op. cit.*, pp. 216-219.

⁴⁷ *Rantsev c. Chipre y Rusia*, núm. 25965/04, TEDH 2010, párr. 288.

⁴⁸ *M. y otros c. Italia y Bulgaria*, núm. 40020/03, TEDH 2012, párr. 94.

⁴⁹ *L. E. c. Grecia*, núm. 71545/12, TEDH 2016, párr. 66.

ción, y que esas obligaciones debían de ser asumidas por todos los Estados involucrados en la trata de personas, esto es, los Estados de origen, tránsito y destino.

No obstante, el Tribunal establece límites con respecto de la obligación de los Estados a efectos de considerar su responsabilidad. Según el TEDH, esto significa que esa obligación no puede imponer una carga insoportable o excesiva a las autoridades, considerando que existe responsabilidad cuando se demuestre que las autoridades estatales tenían o debían tener conocimiento de circunstancias que dieran lugar a una sospecha razonable de que una persona estaba sujeta o estaba en peligro real e inmediato de ser víctima de trata. En cuanto a la obligación de investigar, dice el TEDH:

«Pour être effective, l'enquête doit être indépendante des personnes impliquées dans les faits. Elle doit également permettre d'identifier et de sanctionner les responsables. Il s'agit là d'une obligation non de résultat, mais de moyens. Une exigence de célérité et de diligence raisonnable est implicite dans tous les cas mais lorsqu'il est possible de soustraire l'individu concerné à une situation dommageable, l'enquête doit être menée d'urgence»⁵⁰.

En síntesis, el TEDH ha reconocido que el art. 4 de la Convención puede en determinadas circunstancias obligar a los Estados parte a adoptar medidas adecuadas para proteger a las víctimas o presuntas víctimas de trata según el principio de diligencia debida⁵¹. La interpretación de estas disposiciones ha aclarado el contenido sustantivo de algunas obligaciones de los Estados incluida la obligación de prevenir la explotación relacionada con la trata y la obligación de llevar a cabo la debida investigación por parte de las autoridades de los Estados y su enjuiciamiento efectivo.

6. HACIA UNA PROTECCIÓN INTEGRAL

La trata de seres humanos en el contexto de las migraciones tiene un impacto directo sobre las mujeres debido a que las desigualdades de género incrementan su vulnerabilidad, por lo que corren un riesgo real de ser objeto de trata con fines de explotación sexual. Una comprensión limitada por parte de los Estados de la realidad de la situación de las mujeres migrantes reduce la capacidad de aquellos para ofrecer respuestas apropiadas y conformes a la situación actual.

Para prevenir y combatir este fenómeno, es necesario enfocarlo como un delito y como una violación de derechos humanos, desde una perspectiva de género. Hasta el presente, los instrumentos internacionales universales y re-

⁵⁰ *Ibid.*, párr. 68.

⁵¹ Véanse WAISMAN, V., «Human Trafficking: State Obligations to Protect Victims' Rights, the Current Framework and a New Due Diligence Standard», *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 33, 2010, núm. 2, pp. 415-418; PIOTROWICZ, R., «States' Obligations under Human Rights Law towards Victims of Trafficking in Human Beings», *International Journal of Refugee Law*, vol. 24, 2012, núm. 2, pp. 181-201.

gionales solo ofrecen remedios parciales al problema ya que el alcance de las obligaciones de los Estados vinculadas a la protección y ayuda a las víctimas de la trata —en muchos casos— parecen poseer un carácter limitado, aunque se observa una tendencia creciente a reforzar ese umbral de protección según evoluciona la propia comprensión de este fenómeno. La gravedad de la situación de trata exige que se articulen soluciones para frenar esta lacra y que se proporcione una protección integral a las víctimas a través de la consolidación de los enfoques basados en los derechos humanos y en el género, colocando a las víctimas en el centro de todas las actuaciones.

RESUMEN

LAS OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS EN MATERIA DE PREVENCIÓN Y PROTECCIÓN CONTRA LA TRATA DE MUJERES CON FINES DE EXPLOTACIÓN SEXUAL EN EL CONTEXTO MIGRATORIO

El incremento de los niveles de trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual como consecuencia del actual fenómeno migratorio reclama de los Estados respuestas eficaces que permitan prevenir y combatir este problema de forma integral. Este estudio analiza el marco internacional universal y regional, en los cuales existen limitaciones importantes, tanto por la ausencia de un enfoque de derechos humanos como por la inexistencia de una perspectiva de género. No obstante, se observan nuevas tendencias con respecto de la concepción de este fenómeno que podrían suponer una redefinición positiva del alcance de las obligaciones de los Estados.

Palabras clave: derechos humanos, explotación sexual, migración, trata de mujeres.

ABSTRACT

STATE OBLIGATIONS IN MATTERS RELATED TO PREVENTION AND PROTECTION AGAINST TRAFFICKING IN WOMEN FOR THE PURPOSE OF SEXUAL EXPLOITATION IN THE CONTEXT OF MIGRATION

The increase in the levels of trafficking in women and girls for the purpose of sexual exploitation because of the current migratory phenomenon calls for effective responses from the States to prevent and combat this problem in a comprehensive manner. This study analyzes the universal and regional international framework, in which there are important limitations, both due to the absence of a human rights approach and the lack of a gender perspective. However, there are trends with respect to the conception of this phenomenon that could lead to a positive redefinition of the scope of State obligations.

Keywords: human rights, sexual exploitation, migration, trafficking in women.



MISCELÁNEA/MISCELLANY

LA BUENA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL PENAL: EXCEPCIONES A LA APLICACIÓN ESTRICTA DE LA NORMATIVA PROCESAL EN MATERIA DE RECURSOS

Laura ARAGONÉS MOLINA*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL PRINCIPIO DE BUENA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y EL EJERCICIO DE PODERES INHERENTES POR LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES.—2.1. La flexibilidad del principio de buena administración de justicia y el ejercicio de poderes inherentes para el adecuado cumplimiento de la función judicial.—2.2. El derecho a un juicio justo y expedito a través de los recursos contra las sentencias que ponen fin al proceso.—3. EL PRINCIPIO DE BUENA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y LA NECESIDAD DE ACLARAR NOCIONES PROCESALES PARA CONCILIAR JUSTICIA Y CELERIDAD EN EL PROCESO PENAL INTERNACIONAL.—3.1. ¿Hecho nuevo o prueba adicional? Categorías jurídicas distintas para procedimientos distintos.—3.1.1. Más pruebas no son más hechos nuevos: la doctrina *Tadić*.—3.1.2. Aspectos comunes entre hecho nuevo y prueba adicional que alimentan la confusión.—3.2. La formación de una *jurisprudence constante* a partir de la doctrina *Tadić*.—4. EL PRINCIPIO DE BUENA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA COMO EXCEPCIÓN A LA APLICACIÓN ESTRICTA DE LAS CONDICIONES DE ADMISIBILIDAD DE LOS RECURSOS.—4.1. La exigencia de una obligación de conducta en apelación y revisión: la debida diligencia en el Derecho internacional procesal.—4.2. El interés de la justicia frente a la seguridad jurídica de la cosa juzgada: una manifestación de los poderes inherentes de los órganos judiciales penales.—5. CONCLUSIONES.

* Investigadora Doctora del Instituto Universitario de Investigación en Estudios Latinoamericanos de la Universidad de Alcalá. Línea de investigación: Relaciones internacionales, integración regional y derechos humanos (laura.aragones@uah.es). Estudio realizado en el marco del proyecto de investigación «Los derechos humanos y la actividad exterior de las empresas españolas: retos y respuestas desde el derecho internacional» (PID2019-107311RB-I00).

Todas las páginas web de referencia han sido consultadas por última vez en abril-mayo de 2021. La autora agradece las observaciones realizadas por los evaluadores sobre este estudio.

1. INTRODUCCIÓN

El principio de buena administración de justicia es invocado por los tribunales internacionales, en ocasiones, para justificar determinadas decisiones adoptadas a lo largo del procedimiento que o bien no encuentran una base jurídica expresa en la normativa estatutaria o reglamentaria aplicable, o bien suponen una flexibilización en su aplicación. En este trabajo exploramos las manifestaciones de este principio en la jurisdicción internacional penal en lo que atañe a los mecanismos de revisión y apelación. Este principio se ha manifestado, primero, en el minucioso examen de las solicitudes de revisión de los fallos dictados por los tribunales penales internacionales *ad hoc* (tribunales *ad hoc*), en relación con las solicitudes de aportación de prueba adicional en apelación y en la necesaria aclaración de nociones procesales presentes en estas disposiciones; y, segundo, en la discrecionalidad ejercida por estos órganos jurisdiccionales en la aplicación de las condiciones de admisibilidad exigidas en las normas procesales para este tipo de solicitudes.

La revisión y la aportación de prueba adicional en apelación son instrumentos procesales excepcionales, pues están sujetos al cumplimiento de unas condiciones tasadas que contienen conceptos jurídicos indeterminados¹ y que, en ocasiones, generan incertidumbre en los litigantes e incluso divergencias interpretativas entre los órganos jurisdiccionales. El uso inadecuado de estos mecanismos procesales puede afectar a la justicia del fallo y a la celeridad en el desarrollo del procedimiento como parte del derecho al debido proceso, creando potenciales perjuicios tanto para los acusados como para las víctimas.

En el presente estudio se examina la práctica del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY), del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) y del Mecanismo Residual Internacional de los Tribunales Penales (MRITP)², órganos judiciales que han conocido de un considerable número de solicitudes de revisión hasta la fecha³, a diferencia de otros en los que nunca se han planteado este tipo de solicitudes, como en la

¹ El «concepto jurídico indeterminado» se define como: «Concepto utilizado por las normas del que no puede deducirse con absoluta seguridad lo que aquellas han pretendido exactamente, siendo difícil alcanzar una solución exacta. De esta dificultad surgió la doctrina del “margen de apreciación”, que deja cierta libertad, o al menos tolerancia jurídica, para que al concretar un concepto normativo puedan seguirse diversas opciones». REAL ACADEMIA ESPAÑOLA Y CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Diccionario panhispánico del español jurídico*, Madrid, Santillana, 2017, edición en línea (2020), www.dpej.rae.es.

² Establecido por el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en virtud de la Resolución 1966 (2010), de 22 de diciembre, para concluir la labor iniciada por el TPIR (finalizada el 1 de julio de 2012) y el TPIY (finalizada el 1 de julio de 2013).

³ Hemos contabilizado 29 casos de revisión a la fecha de cierre de este trabajo (última consulta: 3 de mayo de 2021), a partir de la base de datos unificada del MRITP, TPIY y TPIR: <https://cld.irmct.org/>. Conviene señalar que la primera vez citaremos los casos por su nombre completo y en las siguientes ocasiones utilizaremos una fórmula abreviada consistente en las partes procesales, número y fecha de la sentencia.

Corte Penal Internacional (CPI), o en escasas ocasiones, como en el Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL)⁴. Precisamente porque los tribunales internacionales han conocido de un número limitado de solicitudes de revisión, la práctica de los tribunales *ad hoc* en esta materia puede contribuir al desarrollo progresivo del Derecho internacional (DI) procesal y servir como referencia para la CPI en futuros procedimientos de revisión.

Respecto a la estructura de este estudio, en la sección 2 exponemos algunos precedentes en la jurisprudencia y la normativa de otros tribunales internacionales sobre el principio de buena administración de justicia, con el objetivo de definir su contenido para, posteriormente, abordar su aplicación en la jurisdicción internacional penal. En la sección 3 estudiamos la práctica de los tribunales *ad hoc* en relación con la aplicación e interpretación de la cláusula de revisión y la aportación de prueba adicional en apelación. Al aclarar los conceptos indeterminados presentes en estas cláusulas, los órganos judiciales contribuyen a lograr un juicio justo y expedito. En la sección 4 abordamos el ejercicio de los poderes inherentes de estos tribunales a la hora de examinar las condiciones de admisibilidad de estas solicitudes con el objetivo de lograr una mejor administración de justicia. Por último, la sección 5 presenta las principales conclusiones alcanzadas.

2. EL PRINCIPIO DE BUENA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y EL EJERCICIO DE PODERES INHERENTES POR LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES

2.1. La flexibilidad del principio de buena administración de justicia y el ejercicio de poderes inherentes para el adecuado cumplimiento de la función judicial

El principio de buena administración de justicia se puede manifestar en diferentes situaciones en la práctica judicial⁵. Este principio se ha invocado, generalmente, para justificar determinadas decisiones que los órganos jurisdiccionales adoptan a lo largo del procedimiento y que no encuentran una

⁴ Por medio de un acuerdo de 11 de agosto de 2010, se creó el Tribunal Especial Residual para Sierra Leona (TERSL), cuyo objetivo es continuar con las funciones pendientes del Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL) y otras funciones *ad hoc*, una vez concluido su mandato en 2013. Sus normas de procedimiento prevén la revisión de las sentencias: art. 22 del Estatuto y arts. 120 a 122 del Reglamento de Procedimiento y Prueba, última enmienda de 20 de octubre de 2020, del TERSL. Solo hemos localizado un caso sobre revisión del TESL, que fue inadmitido: *Prosecutor v. Eric Koi Senessie, Decision on Defence Motion for Review*, SCSL11-01-REV, 4 de septiembre de 2012.

⁵ *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, Joinder of Proceedings, Order of 17 April 2013, ICJ Reports 2013, p. 166, Separate Opinion of Judge Cançado Trindade, párr. 20: «To attempt to offer a definition of the sound administration of justice that would encompass all possible situations that could arise would be far too pretentious, and fruitless. An endless diversity of situations may be faced by the ICJ, leading it—in its pursuit of the realization of justice—to deem it fit to have recourse to the principle of the sound administration of justice (*la bonne administration de la justice*); this general principle, in sum, finds application in the most diverse circumstances».

base jurídica expresa en la normativa procesal o que implican una *flexibilización* de una disposición a la luz de las circunstancias del caso y los intereses en presencia.

En la Corte Internacional de Justicia (CIJ) este principio se ha manifestado en relación con el principio de igualdad procesal de las partes y el derecho de intervención de un tercer Estado en el proceso, así como con el principio de economía procesal y la facultad de la CIJ para acumular procedimientos o admitir una demanda reconvenional.

Así, en el caso de *Determinadas actividades realizadas por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica c. Nicaragua)* y *construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, Nicaragua solicitó la acumulación de los dos procedimientos pendientes con Costa Rica conforme al art. 47 del Reglamento de la CIJ. La CIJ accedió a esta petición, indicando la amplia discrecionalidad que le concedía esta disposición y siempre que la acumulación de procedimientos fuera conforme al principio de buena administración de justicia, así como al principio de economía procesal:

«Under Article 47 of its Rules, “[t]he Court may at any time direct that the proceedings in two or more cases be joined”. That provision leaves the Court a broad margin of discretion. Where the Court, or its predecessor, has exercised its power to join proceedings, it has done so in circumstances where joinder was consonant not only with the principle of the sound administration of justice but also with the need for judicial economy [...]. Any decision to that effect will have to be taken in the light of the specific circumstances of each case»⁶.

En el caso de la *Caza de la ballena en el Antártico (Australia c. Japón)* [*Declaración de intervención de Nueva Zelanda*], el Juez Owada defendió la facultad de la CIJ para examinar y determinar *motu proprio* si la admisibilidad de una solicitud de intervención de un tercer Estado (arts. 62 o 63 del Estatuto de la CIJ) respetaba los principios que garantizaban la buena administración de justicia, entre ellos, el principio de igualdad de las partes. Por tanto, aunque el Estado interesado cumpliera los requisitos para intervenir conforme al Estatuto, la CIJ todavía podría rechazar su petición⁷, como una facultad inherente a la función judicial⁸. Por su parte, el Juez Cançado Trindade defendió el «resurgimiento» de la institución de la intervención de terceros como una herramienta que promovía la buena administración de justicia, en particular, porque en este caso y en otro precedente citado en el que también se admitió la intervención de un tercer Estado⁹, se trataban cuestiones que afectaban a la comunidad internacional en su conjunto y no únicamente a

⁶ *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, Joinder of Proceedings, Order of 17 April 2013, ICJ Reports 2013, p. 171, párrs. 18 y 24.

⁷ *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan)*, Declaration of Intervention of New Zealand, Order of 6 February 2013, ICJ Reports 2013, p. 3, Declaration of Judge Owada, párr. 2.

⁸ *Ibid.*, párr. 1.

⁹ En particular se refería al caso *Immunités juridictionnelles de l'État [Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)]*, arrêt, CIJ Recueil 2012, p. 99.

los Estados litigantes, por lo que la intervención de otros Estados con sus observaciones contribuía al desarrollo del DI público¹⁰.

Por último, en el *Caso relativo a la aplicación de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Yugoslavia)*, Yugoslavia planteó una demanda reconvenicional junto a su contestación a la demanda planteada por Bosnia-Herzegovina, conforme al art. 80 del Reglamento de la CIJ¹¹. La CIJ declaró que la posibilidad de conocer de una reclamación por medio de un procedimiento incidental, es decir, en el marco de un proceso pendiente, bajo ciertas condiciones¹², era posible para lograr una mejor administración de justicia, además de favorecer la economía procesal, permitiendo a la CIJ tener una visión general de las reclamaciones de ambas partes y resolver de manera más consistente¹³. Asimismo, reconoció contar con discrecionalidad para determinar cuándo existe la relación de conexidad que exige su Reglamento, entre la cuestión presentada como demanda reconvenicional y el objeto de la demanda de la contraparte¹⁴. Por último, subrayó que, al admitir una demanda reconvenicional en aras de una buena administración de justicia, no se debía ignorar el interés del demandante inicial a que se resolviera su demanda en un plazo razonable¹⁵, por lo que era necesario ponderar todos estos intereses en presencia.

Entre la doctrina científica, Robert Kolb señala que la buena administración de justicia es un principio flexible que el órgano jurisdiccional puede invocar cuando lo considere necesario para solventar un problema, especialmente ante el silencio en la normativa procesal. Entre otras finalidades permitiría al órgano jurisdiccional encontrar un equilibrio entre intereses a veces contrapuestos, intentando conciliar los derechos de las partes procesales con el interés de la justicia. En suma, este principio «*essentially means that the Court has the ultimate power and responsibility to ensure that the justice it renders abides by the highest standards of judicial procedure and that at the same time it takes duly into account the legitimate concerns of all the parties to the proceedings*»¹⁶.

¹⁰ *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan), Declaration of Intervention of New Zealand, Order of 6 February 2013, ICJ Reports 2013*, p. 3, *Separate Opinion of Judge Cançado Trindade*, párrs. 68 y 76.

¹¹ Sobre la demanda reconvenicional y análisis de este caso, véase THIRLWAY, H., «Counterclaims Before the International Court of Justice: The Genocide Convention and the Oil Platforms Decisions», *Leiden Journal of International Law*, vol. 12, 1999, pp. 197-229; una posición crítica sobre la demanda reconvenicional en este caso, véase LOPES PEGNA, O., «Counter-claims and Obligations Erga Omnes before the International Court of Justice», *European Journal of International Law*, vol. 9, 1998, pp. 724-736.

¹² *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de genocide, demandes reconventionnelles. Ordonnance du 17 décembre 1997, CIJ Recueil 1997*, p. 257, párr. 31.

¹³ *Ibid.*, p. 257, párr. 30.

¹⁴ *Ibid.*, p. 258, párr. 33.

¹⁵ *Ibid.*, pp. 259-260, párr. 40.

¹⁶ KOLB, R., «General Principles of Procedural Law», en ZIMMERMANN, A. *et al.*, *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Oxford, 3.ª ed., Oxford University Press, 2019, párr. 28. Véase también sobre el equilibrio de intereses, CAZALA, J., «Good Administration of Justice», en RUIZ FABRI, H. (dir.), *The Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, Oxford (OUP Last updated December 2019), párrs. 11-32.

En ocasiones este principio se recoge en la normativa procesal, como en el art. 44.a) del Reglamento de Procedimiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que establece que «las partes tienen la obligación de cooperar plenamente en el desarrollo del procedimiento y, en particular, la de adoptar las disposiciones a su alcance que el TEDH considere necesarias para la buena administración de la justicia», o el art. 44.3.a) del mismo texto que prevé que «el presidente de la Sala podrá, en interés de una buena administración de justicia, invitar o autorizar a cualquier Parte contratante que no sea parte en el procedimiento o a cualquier persona interesada distinta del demandante, a que presente alegaciones por escrito o, en circunstancias excepcionales participar en la vista»¹⁷.

En la CPI, también se recoge en determinadas disposiciones bajo la fórmula «*interests of justice*»¹⁸, como en la Regla 69 de las Reglas de Procedimiento y Prueba (Reglas de Procedimiento) que permite el acuerdo de las partes sobre los hechos probados, salvo que la CPI considere que necesita información más completa sobre los hechos alegados en interés de la justicia, especialmente, en interés de las víctimas¹⁹.

Las normas procesales no pueden prever todas las situaciones que se presentan en la práctica y, a menudo, contienen conceptos indeterminados que requieren ser precisados. Como se aprecia en las cláusulas y los precedentes citados, los jueces gozan de cierta discrecionalidad para adoptar las medidas que consideren necesarias para el correcto desarrollo del procedimiento y el buen fin del proceso²⁰; de lo contrario, el procedimiento sufriría graves dilaciones o se incurriría en un *non liquet*. Esta discrecionalidad se traduce en el ejercicio de unos poderes inherentes de los órganos jurisdiccionales necesarios para realizar su función judicial y garantizar la justicia de su decisión²¹.

¹⁷ Traducción realizada por los servicios del Departamento de Constitucional y Derechos Humanos de la Abogacía del Estado.

¹⁸ CAZALA, J., *op. cit.*, párr. 1: «Some expressions are considered synonymous or equivalent: proper administration of justice, fair administration of justice, sound administration of justice, effective administration of justice, correct administration of justice, accurate administration of justice, bonne administration de la justice (in French in English decisions), better administration of justice, interests of the due administration of justice, the overriding interests of justice, and the requirements of the judicial process».

¹⁹ Véase un estudio sobre el contenido de la noción «interés de la justicia», en relación con el art. 53 del Estatuto de Roma: LOYO CABEZUDO, J., «La llave del «interés de la justicia» en el Estatuto de Roma: su controvertido empleo en el caso de Afganistán», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 73, 2021, núm. 1, pp. 165-186.

²⁰ Otras normas procesales también reconocen la discrecionalidad de los jueces o árbitros, especialmente ante el silencio de la norma para regular algún supuesto. Art. 44 *in fine* del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio del CIADI): «Cualquier cuestión de procedimiento no prevista en esta Sección, en las Reglas de Arbitraje o en las demás reglas acordadas por las partes, será resuelta por el Tribunal».

²¹ BROWN, Ch., «The Inherent Powers of International Courts and Tribunals», *British Yearbook of International Law*, vol. 76, 2005, núm. 1, pp. 195-244, esp. p. 244: «While the source of inherent powers in international adjudication has not previously been clarified, it is suggested that it lies in the need for international courts to fulfil their judicial functions. These functions are, chiefly, the settlement of international disputes by adjudication, and the proper administration of international justice, although each international court may, in addition, have different functions specific to the regime within which it operates»; *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, *Joinder*

Aunque en ciertas ocasiones la fuente de estos poderes reside en la propia normativa procesal²², habitualmente se manifiesta implícitamente en la práctica judicial o arbitral. En el caso relativo a la *Solicitud de revisión y de interpretación del fallo de 24 de febrero de 1982 en el caso relativo a la plataforma continental (Túnez c. Libia)*, la CIJ reconoció poseer una facultad inherente para corregir errores menores, como pueden ser de escritura o cálculo, ya que no está previsto actualmente un mecanismo procesal específico en su normativa estatutaria o reglamentaria²³, a diferencia de la normativa de otras jurisdicciones²⁴. También algunos órganos arbitrales del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) han entendido que podían reconsiderar sus decisiones interlocutorias, a pesar de la ausencia de una disposición expresa al efecto en su Convenio o en las Reglas de Arbitraje del CIADI²⁵.

También la CPI y los tribunales *ad hoc* se han pronunciado sobre solicitudes de *reconsideración* de fallos y decisiones emitidos durante el procedimiento, mecanismo que tampoco se encuentra previsto expresamente en su normativa procesal y que ha generado opiniones divergentes en cuanto a las decisiones susceptibles de reconsideración²⁶. En *Prosecutor v. Zdravko Mucić, Hazim Delić y Esad Landžo*, el TPIY afirmó poseer un poder inherente

of Proceedings, Order of 17 April 2013, ICJ Reports 2013, p. 166, *Separate Opinion of Judge Cançado Trindade*, párr. 15: «The sound administration of justice enables the international tribunal at issue to tackle questions of procedure even if these latter have «escaped» the regulations of its interna corporis. It is, in my perception, the idea of an objective justice that, ultimately, guides the sound administration of justice (la bonne administration de la justice), in the line of jusnaturalist thinking. The proper pursuit of justice is in conformity with the general principles of law. With the reassuring evolution and expansion of judicial settlement in recent decades, there has been, not surprisingly, an increasing recourse to the maxim la bonne administration de la justice - which gives expression to a general principle of law, captured by human conscience»; KOLB, R., *op. cit.*, párr. 28: «The Court constantly has to strike a balance between these competing interests, so as to find the most just equilibrium. The polar star of that balancing exercise are the requirements of justice, propriety, and efficacy»; CAZALA, J., *op. cit.*, párr. 2: «It is commonly accepted that it has, at least, two dimensions: it has to do both with the good administration of the proceedings and the idea of good justice. It can easily be understood that the proper administration of proceedings may favour good justice (a fair, equitable, reasonable, and efficient outcome of the proceedings)».

²² A modo ilustrativo, art. 90.a) del Reglamento de Procedimiento y Prueba (Reglamento) del MRITP: «The Mechanism in the exercise of its inherent power may, with respect to proceedings before the ICTY, the ICTR, or the Mechanism, hold in contempt those who knowingly and wilfully interfere with the administration of justice, including any person who...».

²³ *Application for Revision and Interpretation of the Judgment of 24 February 1982 in the Case concerning the Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya) (Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya)*, *Judgment, ICJ Reports 1985*, p. 198, párr. 10.

²⁴ Entre otros, art. 81 del Reglamento de Procedimiento del TEDH; art. 49.2 del Convenio del CIADI; art. 36 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán.

²⁵ *Standard Chartered Bank (Hong Kong) Limited c. Tanzania Electric Supply Company Limited* (caso CIADI núm. ARB/10/20), Laudo de 12 de septiembre de 2016; *Burlington Resources, Inc. c. Ecuador* (caso CIADI núm. ARB/08/5), Decisión sobre Reconsideración y Laudo de 7 de febrero de 2017. Véase nuestro trabajo: ARAGONÉS MOLINA, L., «La reconsideración ante el CIADI: un mecanismo procesal para fomentar la corrección del laudo», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, 2020, núm. 2, p. 36.

²⁶ Entre otros, TPIR, *Barayagwiza v. Prosecutor, Decision (Prosecutor's Request for Review or Reconsideration)*, ICTR-97-19-AR72, 31 de marzo de 2000; CPI, *Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé*, Appeals Chamber, no. ICC-02/11-01/15 OA 14, *Decision on counsel for Mr Gbagbo's request for reconsideration of the "Judgment on the Prosecutor's appeal against the oral decision of Trial*

para reconsiderar cualquier decisión, incluidas las sentencias definitivas, si fuera necesario para evitar una injusticia. Además, adoptando una posición favorable al diálogo entre tribunales internacionales, destacó que una de las causas que justificaría la reconsideración sería la existencia de una decisión posterior de otro tribunal internacional que pusiera de manifiesto un error cometido en su razonamiento:

«The Appeals Chamber has an inherent power to reconsider any decision, including a judgment where it is necessary to do so in order to prevent an injustice. The Appeals Chamber has previously held that a Chamber may reconsider a decision, and not only when there has been a change of circumstances, where the Chamber has been persuaded that its previous decision was erroneous and has caused prejudice. Whether or not a Chamber does reconsider its decision is itself a discretionary decision. Those decisions were concerned only with interlocutory decisions, but the Appeals Chamber is satisfied that it has such a power also in relation to a judgment which it has given —where it is persuaded:

a) (i) *that a clear error of reasoning in the previous judgment has been demonstrated by, for example, a subsequent decision of the Appeals Chamber itself, the International Court of Justice, the European Court of Human Rights or a senior appellate court within a domestic jurisdiction, or (ii) that the previous judgment was given per incuriam; and b) that the judgment of the Appeals Chamber sought to be reconsidered has led to an injustice»²⁷.*

En otro contexto, la Sala de Apelaciones del TPIY también afirmó poseer un poder inherente para remitir determinadas cuestiones suscitadas en el procedimiento de apelación a la Sala de Primera Instancia para que resolviera, con el fin de garantizar la justicia de la decisión²⁸. De manera similar, en relación con el órgano competente para conocer de una solicitud de revisión, el TPIR señaló la discrecionalidad de la Sala de Apelaciones para decidir si resolver sobre la revisión o remitir el asunto a la Sala de Primera Instancia que dictó el fallo cuya revisión se solicitaba, que es la regla general en otras jurisdicciones, invocando, de nuevo, el interés de la justicia y la economía procesal²⁹.

Chamber I pursuant to article 81(3)(c)(i) of the Statute' and on the review of the conditions on the release of Mr Gbagbo and Mr Blé Goudé, 28 de mayo de 2020.

²⁷ TPIY, *Prosecutor v. Zdravko Mucić, Hazim Delić y Esad Landžo, Judgment on Sentence Appeal*, IT-96-21-Abis, 8 de abril 2003, párr. 49. Por el contrario, no se ha admitido la reconsideración de sentencias definitivas en TPIY, *Prosecutor v. Žoran Zigić, Decision on Žoran Zigić's Motion for Reconsideration on Appeals IT-98-30/1-A Chamber Judgement Delivered on 28 February 2005*, IT-98-30/1-A, 26 de junio de 2006, párr. 9; TPIY, *Prosecutor v. Blaškić, Decision on Prosecutor's Request for Review or Reconsideration (Public Redacted Version)*, IT-95-14-R, 23 de noviembre de 2006, párr. 79; TPIR, *Rutaganda v. Prosecutor, Decision on Requests for Reconsideration, Review, Assignment of Counsel, Disclosure, and Clarification*, ICTR-96-03-R, 8 de diciembre de 2006, párr. 6; TPIR, *François Karera v. The Prosecutor, Decision on Requests for Reconsideration and Review*, ICTR-01-74-R, 26 de marzo de 2012, párr. 8; MRITP, *Prosecutor v. Lukić, Decision on Sreten Lukić's Application for Review*, MICT-14-67-R.1, 8 de julio de 2015, párr. 22.

²⁸ TPIY, *Prosecutor v. Zdravko Mucić, Hazim Delić y Esad Landžo*, IT-96-21-Abis, 8 de abril 2003, párr. 16: *«The powers of the Appeals Chamber in relation to an appeal are not limited to those expressly stated in Article 25 of the Tribunal's Statute or in Rule 117(C). As part of the Tribunal, it also has an inherent power, deriving from its judicial function, to control its proceedings in such a way as to ensure that justice is done».*

²⁹ El art. 123 del Reglamento de Procedimiento y Prueba (Reglamento) preveía esta posibilidad, si el fallo se encontraba pendiente de apelación cuando se solicitara la revisión. Véase TPIR, *Prosecutor*

En suma, el principio de buena administración de justicia abarcaría aquellas acciones necesarias para el buen desarrollo del procedimiento y, además, para asegurar la justicia de la decisión, que es, en definitiva, el objetivo a alcanzar por cualquier órgano jurisdiccional, justificando, en ciertos casos, que los jueces se separen de la aplicación estricta de la norma procesal.

2.2. El derecho a un juicio justo y expedito a través de los recursos contra las sentencias que ponen fin al proceso

Las normas estatutarias de los tribunales penales internacionales establecen que los jueces deben velar por que el juicio sea *justo y expedito*. El art. 64.2 del Estatuto de la CPI (Estatuto de Roma o Estatuto de la CPI), y en términos casi idénticos las normas estatutarias del TPIY, TPIR y el MRITP, establece que: «La Sala de Primera Instancia velará por que el juicio sea justo y expedito y se sustancie con pleno respeto de los derechos del acusado y teniendo debidamente en cuenta la protección de las víctimas y de los testigos»³⁰. Asimismo, el art. 64.3.a) del mismo texto establece que la Sala de Primera Instancia a la que se asigne una causa de conformidad con el Estatuto celebrará consultas con las partes y adoptará los procedimientos necesarios para que el juicio se sustancie de manera justa y expedita.

Estas cláusulas atribuyen una amplia discrecionalidad para que los jueces adopten aquellas medidas que consideren necesarias para cumplir ambos objetivos, si bien también establece que dichas funciones se ejercerán conforme al Estatuto y a las Reglas de Procedimiento y Prueba (art. 64.1 del Estatuto de la CPI). Por tanto, la discrecionalidad de los jueces no es ilimitada, ya que no debe ser contraria a las normas procesales adoptadas³¹, aunque este extremo quizá sea el más controvertido respecto al ejercicio de los poderes inherentes³².

Además de las acciones que pueden emprender en ejercicio de sus poderes inherentes ante una laguna normativa, la normativa procesal en la jurisdicción internacional penal prevé *expressis verbis* recursos o procedimientos posteriores a una sentencia definitiva que permiten garantizar la corrección del fallo frente a un error judicial. La previsión de estos mecanismos procesa-

v. *Simba*, *Decision on Aloys Simba's Requests for Suspension of Appeal Proceedings and Review*, ICTR-01-76-A, 9 de enero de 2007, párr. 7.

³⁰ Art. 64.2 del Estatuto de la CPI; art. 20.1 del Estatuto del TPIY; art. 19.1 del Estatuto del TPIR; art. 18.1 del Estatuto del MRITP.

³¹ Ejemplo de ello es el pronunciamiento del TPIY estableciendo que era inconsistente con su Estatuto un poder inherente para reconsiderar sentencias definitivas, TPIY, *Prosecutor v. Žoran Zigić*, IT-98-30/1-A, 26 de junio de 2006, párr. 9.

³² BROWN, Ch., «*The Inherent Powers...*», *op. cit.*, p. 215: «*Although most international courts have the express power to frame such rules, the power to make rules of procedure and procedural orders can be regarded as a necessary incident of their judicial functions, so long as they are not inconsistent with the court's constitutive instrument*». Sobre los límites a los poderes inherentes, véanse, de la misma obra, pp. 237-244.

les es habitual y esencial en cualquier sistema de justicia³³. En la jurisdicción internacional penal estos mecanismos son incluso más necesarios, teniendo en cuenta el impacto que tienen las sentencias sobre los derechos fundamentales del individuo, principalmente su derecho a la libertad y a la seguridad³⁴, además de que el derecho a recurrir la sentencia condenatoria y la pena es un derecho fundamental reconocido por las normas internacionales de protección de los derechos humanos³⁵. En suma, un juicio justo, respetando todas las garantías del debido proceso, que deben respetarse tanto en favor del acusado como de las víctimas³⁶, conduciría a una sentencia justa.

Las normas estatutarias y reglamentarias de la CPI, el TPIY, el TPIR y el MRITP contemplan el recurso de apelación y la revisión como mecanismos que pueden revocar o modificar una sentencia definitiva, a diferencia de otros tribunales internacionales que únicamente prevén la revisión como mecanismo excepcional³⁷, poniendo de manifiesto el arraigo del principio de cosa juzgada en la justicia internacional³⁸.

La cláusula de revisión es el común denominador entre los tribunales internacionales, aunque en algunas jurisdicciones este mecanismo no se prevé expresamente³⁹. Sin embargo, conviene advertir de ciertas diferencias en el

³³ No obstante, destaca la ausencia de recurso en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, de 6 de octubre de 1945 (art. 26), así como en el Estatuto del Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente, de 19 de enero de 1946, que prevé una cláusula ciertamente ambigua al respecto (art. 17).

³⁴ Art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), Nueva York, 19 de diciembre de 1966; art. 5 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), Roma, 4 de noviembre de 1950; art. 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), San José, 22 de noviembre de 1969.

³⁵ Art. 14.5 PIDCP; art. 2 CEDH y art. 4 de su Protocolo núm. 7; y art. 8 CADH. Sobre el derecho de apelación en la jurisdicción internacional penal véase DJUKIĆ, D., *The Right to Appeal in International Criminal Law. Human Rights Benchmarks, Practice and Appraisal*, Leiden/Boston, Brill-Nijhoff, 2019, p. 294.

³⁶ PIKIS, G. M., *The Rome Statute for the International Criminal Court. Analysis of the Statute, the Rules of Procedure and Evidence, the Regulations of the Court and Supplementary Instruments*, Leiden/Boston, Brill-Nijhoff, 2010, párr. 467: «What must be underlined is that the rules of a fair trial are designed to safeguard the rights of every litigant, not only those of the accused, such as the right to confront witnesses of the adversary, equality of arms and the right to have justice bearing fruition within a reasonable time, and most importantly, adjudication by an independent and impartial tribunal».

³⁷ Entre otros, art. 61 del Estatuto de la CIJ, art. 127 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal Internacional de Derecho del Mar o el art. 51 del Convenio del CIADI.

³⁸ Sobre la cosa juzgada en la jurisdicción internacional, véase DODGE, W. S., «Res Judicata», en WOLFRUM, R. y PETERS, A. (eds.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (OUP, Last Updated January 2006), <https://opil.ouplaw.com/home/mpi>.

³⁹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) no prevé la revisión en su normativa, aunque se ha aplicado en un caso: Corte IDH, caso *Genie Lacayo v. Nicaragua. Solicitud de Revisión de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Resolución de la Corte de 13 de septiembre de 1997. Serie C No. 45*. Tampoco se prevé en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio que, sin embargo, prevé la apelación (art. 17 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias) o en la normativa del Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán. No obstante, es debatible el hecho de considerar la revisión como un poder inherente o como un principio general del derecho y, por tanto, susceptible de ser aplicada por cualquier tribunal internacional, aunque carezca de una regulación expresa en su normativa procesal. Véanse, como poder inherente, BROWN, Ch., *A Common Law of International Adjudication*, Oxford, Oxford University Press, 2007,

seno de la jurisdicción penal entre las condiciones de admisibilidad previstas en el Estatuto de la CPI (art. 84) y la revisión en el Estatuto del MRITP (art. 24) y las disposiciones homólogas en los Estatutos del TPIY (art. 26) y del TPIR (art. 25), siendo el contenido de estos últimos preceptos casi idéntico a la normativa estatutaria de la CIJ (art. 61 del Estatuto de la CIJ).

Mientras en los reglamentos de procedimiento y prueba de los tribunales *ad hoc* señalados y del actual MRITP se condiciona la revisión a la causa genérica del descubrimiento de un hecho con posterioridad al fallo, que hubiera podido influir decisivamente en el veredicto, como también prevé la normativa de la CIJ, el Estatuto de Roma (art. 84.1) es más específico y condiciona la revisión: 1) al descubrimiento de nuevas pruebas que: *a*) no estuvieran disponibles en el momento del juicio por motivos no imputables al solicitante, y *b*) de tal importancia que hubieran dado lugar a un veredicto distinto; 2) al descubrimiento de la falsedad o adulteración de un elemento probatorio decisivo en el juicio, o 3) a una falta o incumplimiento grave por alguno de los magistrados que actuaron en la causa que conllevaría la separación de su cargo.

Esta mayor especificidad se aprecia en algunos ordenamientos jurídicos nacionales en materia penal que prevén la revisión como procedimiento extraordinario contra sentencias firmes por causas relativas a la falsedad de un medio de prueba relevante o a la conducta del juez, constitutiva de delito, como el ordenamiento español (art. 954 LECrim), el ordenamiento italiano (art. 630 *Codice di Procedura Penale*) o el ordenamiento alemán (§ 359, *Strafprozessordnung*).

Pero también en el arbitraje internacional encontramos algunos precedentes basados en estas causas. Durante la I Conferencia de Paz de La Haya de 1899 el descubrimiento de pruebas falsas como causa de revisión surgió durante los debates. Si bien no se recogió expresamente en el art. 55 de la Convención para la resolución pacífica de controversias internacionales, los delegados se mostraron a favor de que la noción de «*fait nouveau*» incluyera esta causa más específica⁴⁰. Asimismo, en la práctica arbitral clásica, encontramos algunos precedentes en los que, estando el tribunal todavía constituido, se ha considerado justificado reexaminar un laudo parcial o una decisión interlocutoria por descubrimiento de una prueba fraudulenta en la que se ha

pp. 161-173; BOAS, G., BISCHOFF, J. L., REID, N. L. y TAYLOR III, B. D., «Appeal and Revision», *International Criminal Law Practitioner Library: International Criminal Procedure. The International Criminal Law Practitioner*, Cambridge, Cambridge University Press, vol. 3, 2011, pp. 423-461, esp. p. 453; como principio general, CDI, «Primer informe sobre los principios generales del derecho», del Relator Especial M. Vázquez Bermúdez, Doc. A/CN.4/732, de 5 de abril de 2019, párr. 135 (nota 125); FORTEAU, M., «General Principles of International Procedural Law», en RUIZ FABRI, H. (dir.), *The Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, Oxford (OUP Last updated January 2018), párr. 39.

⁴⁰ Ministère des Affaires Étrangères, *Conférence Internationale de La Paix, La Haye, 18 mai-29 juillet 1899*, Pays-Bas, nouvelle édition 1907, Comité d'Examen, onzième séance, 30 juin 1899, p. 46: «Sir Julian Pauncefote fait observer que l'on ne peut demander la révision que dans le cas où l'on a découvert de nouveaux documents; est-ce cela exclus le faux?»; «M. Holls répond que le faux constitue évidemment un cas de nullité et un fait nouveau. C'est ainsi que doit s'entendre la rédaction de M. Asser».

bía basado la decisión, como el perjurio o el testimonio falso, incluso cuando esta posibilidad no estaba prevista en el acuerdo arbitral. Algunos precedentes relevantes son el *Caso de los Sabotajes*⁴¹, sustanciado ante una comisión mixta creada por acuerdo entre Estados Unidos y Alemania; *Weil y La Abra c. México*⁴², dilucidado también ante una comisión mixta entre Estados Unidos y México; o el *Caso de la Fundición de Trail*⁴³.

Por otra parte, el interés por garantizar el derecho a un juicio justo que resulte en una sentencia justa se manifiesta en la particularidad del límite temporal establecido para solicitar la revisión en la jurisdicción internacional penal. Tanto el condenado como la Fiscalía tienen derecho a solicitar la revisión de un fallo. En la CPI destaca el hecho de que no se imponga un plazo determinado para solicitar la revisión⁴⁴ y en el TPIY, TPIR y el MRITP solo la Fiscalía está sujeta al cumplimiento del plazo de un año desde el pronunciamiento del fallo⁴⁵, en cambio, el condenado puede solicitar la revisión del fallo en cualquier momento. Además, se impone un único plazo, en lugar del doble límite temporal exigido en otros tribunales internacionales como la CIJ (seis meses desde el descubrimiento del hecho y diez años desde la fecha del fallo) o el CIADI (noventa días desde el descubrimiento del hecho y tres años desde la fecha del laudo), lo que facilita el acceso a este mecanismo procesal. Solo en el Reglamento del TEDH se prevé un único plazo de seis meses desde el descubrimiento del hecho (art. 80 del Reglamento de Procedimiento). A nuestro juicio, el protagonismo que desempeña el individuo en ambos sectores normativos especializados ha influido en la regulación de esta disposición procesal.

Interesa destacar que la revisión únicamente procede respecto a sentencias que pongan fin al procedimiento⁴⁶. Puesto que en la jurisdicción penal es posible apelar la sentencia, se considera definitiva aquella dictada por la Sala de Apelaciones⁴⁷, salvo que no se haya interpuesto apelación⁴⁸. También in-

⁴¹ *Lehigh Valley Railroad Company, Agency of Canadian Car and Foundry Company Limited and Various Underwriters (United States) v. Germany (Sabotage Cases)*, October 16, 1930, *United Nations Reports of International Arbitral Awards (UNRIAA)*, vol. VIII, Decisión de 15 de diciembre de 1933, pp. 189-190.

⁴² MOORE, J. B., *History and Digest of the International Arbitrations to Which the United States Has Been a Party*, Washington, Government Printing Office, vol. II, 1898, pp. 1329-1330.

⁴³ *The Trail Smelter Case, USA/Canadá*, Award April 16, 1938, and March 11, 1941, *UNRIAA*, vol. III, 1906-1982, p. 1956.

⁴⁴ Véase al respecto SCHABAS, W. A., *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford, 2.^a ed. (e-book), Oxford University Press, 2016, «Article 84. Revision of conviction or sentence/Révision d'une décision sur la culpabilité ou la peine».

⁴⁵ Art. 119.a) del Reglamento del TPIY; art. 120.a) del Reglamento del TPIR; art. 24 del Estatuto y 146.a) del Reglamento del MRITP; véase al respecto TPIY, *Prosecutor v. Tadić, Decision on Motion for Review*, IT-94-1-R, 30 de julio de 2002, párr. 24.

⁴⁶ TPIR, *Prosecutor v. Semanza, Decision on the Prosecutor's Urgent Motion for Review*, ICTR-97-20-I, 7 de febrero de 2001, párr. 5; TPIY, *Prosecutor v. Blaškić*, IT-95-14-R, 23 de noviembre de 2006, párrs. 22-23.

⁴⁷ TPIY, *Prosecutor v. Josipović, Decision on Motion for Review*, IT-95-16-R2, 7 de marzo de 2003, párr. 15; TPIR, *Niyitegeka v. Prosecutor, Decision on Request for Review*, ICTR-96-14-R, 30 de junio de 2006, párr. 8.

⁴⁸ No obstante, también se podrían revisar otro tipo de decisiones que pongan fin al procedimiento. Véase BOAS, G., BISCHOFF, J. L., REID, N. L. y TAYLOR III, B. D., *op. cit.*, pp. 455-456.

teresa señalar que el órgano competente para resolver la solicitud de revisión es el tribunal que dictó el fallo, siempre que sea posible, sentando una clara distinción con la apelación⁴⁹.

Por otro lado, los jueces deben velar por que el juicio sea expedito⁵⁰. Como parte del derecho al debido proceso, el juicio se debe desarrollar sin dilaciones indebidas⁵¹, pero el término «expedito» es una exigencia adicional en el desarrollo del procedimiento⁵². La interposición de un recurso implica la prolongación del litigio hasta que se resuelve el mismo, por tanto, la situación jurídica declarada en el fallo de origen es susceptible de ser revocada o modificada. En este contexto, el derecho a un juicio expedito puede verse perjudicado por el uso indebido de los medios de impugnación contra las sentencias.

Los recursos no deben utilizarse como una estrategia dilatoria o con el objetivo de perjudicar de cualquier otro modo el buen desarrollo del procedimiento. Las solicitudes frívolas e infundadas con tales objetivos podrían constituir un abuso del proceso⁵³ y acarrear sanciones para el recurrente⁵⁴. Por tanto, los jueces deben examinar con cautela las solicitudes de revisión o apelación con el objetivo de preservar este interés legítimo de la contraparte a obtener una decisión pronta y definitiva, como declaraba la CIJ en el *Caso relativo a la aplicación de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Yugoslavia)*:

⁴⁹ Véase al respecto, TPIY, *Prosecutor v. Tadić*, IT-94-1-R, 30 de julio de 2002, párrs. 22-23. No obstante, en la CPI la Sala de Apelaciones es competente para decidir sobre la admisibilidad de la solicitud, art. 84 del Estatuto de Roma y Regla 159.2 de las Reglas de Procedimiento.

⁵⁰ SCHABAS, W. A., *op. cit.*, «Article 64. Functions and powers of the Trial Chamber/Fonctions et pouvoirs de la chambre de première instance»: «*Although it was once hoped that the International Criminal Court would be an improvement, it has proven to be even slower than its predecessors. Only when a strict time limit is imposed by the Statute or the Rules of Procedure and Evidence are actions taken expeditiously*».

⁵¹ Art. 67.1.c) del Estatuto de la CPI; art. 21.4.c) del Estatuto del TPIY; art. 20.4.c) del Estatuto del TPIR; art. 19.4.c) del Estatuto del MRITP.

⁵² Véase PİKIS, G. M., *op. cit.*, párr. 466.

⁵³ Atendiendo a la definición de abuso del proceso por Kolb: «*It consists of the use of procedural instruments or rights by one or more parties for purposes that are alien to those for which the procedural rights were established, especially for a fraudulent, procrastinatory, or frivolous purpose, for the purpose of causing harm or obtaining an illegitimate advantage, for the purpose of reducing or removing the effectiveness of some other available process, or for purposes of pure propaganda*», KOLB, R., *op. cit.*, párr. 49.

⁵⁴ TPIY, *Prosecutor v. Žigić, Decision on Zoran Žigić's Request for Review Under Rule 119*, IT-98-30/1-R.2, 25 de agosto de 2006, párr. 10: «*This is the third motion that Žigić has filed before the Appeals Chamber making baseless and frivolous claims with respect to the integrity of the Appeals Chamber Judgment against him. The first, a request for reconsideration of the Appeals Chamber's judgment, was found frivolous, and the second, an application for a finding that he was denied a fair trial due to mistakes made by his assigned Counsel, was dismissed as being without merit. Likewise, this Request for review of the Appeals Chamber Judgment is completely without merit. Further, the blatantly untruthful allegations made by Žigić regarding his ignorance of the Prosecution Summary, and attempts by the Prosecution to conceal it from him, go beyond being frivolous but constitute an abuse of the Appeal's Chamber's proceedings. Žigić should take this as a stern warning from the Appeals Chamber that any further attempts to seize the Appeals Chamber with similarly unfounded motions will result in the Appeals Chamber imposing strict sanctions*».

«*Considérant que lorsque, conformément aux dispositions de son Règlement, la Cour décide, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, de se prononcer en une seule et même instance sur les demandes respectives des Parties, il importe qu'elle ne perde pas pour autant de vue l'intérêt du demandeur à ce qu'il soit statué sur ses prétentions dans un délai raisonnable*»⁵⁵.

No obstante, no todo uso incorrecto de un recurso se debe a una conducta contraria a la buena fe, sino que la presencia de conceptos jurídicos indeterminados en la definición de las causas que pueden motivarlo puede dificultar la elección del mecanismo adecuado para corregir el error del que adolece la sentencia y provocar la inadmisibilidad del recurso. Por ello, la labor interpretativa de los tribunales es esencial y, en este contexto, el principio de buena administración de justicia puede servir de guía para los jueces en la interpretación de la norma procesal y, en su caso, como justificación de determinadas interpretaciones que se separan del criterio general establecido por otros tribunales internacionales.

En los siguientes apartados abordaremos la aplicación del principio de buena administración de justicia en la práctica judicial de los tribunales *ad hoc*, con la inteligencia de que esta práctica podría proyectarse en cualquier momento hacia la CPI, como se ha observado ya en otros casos respecto a cuestiones procesales. Así la CPI tuvo en cuenta la normativa y la jurisprudencia del TPIY y el TPIR para aclarar los criterios de admisibilidad de prueba adicional en apelación en *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, al no haber precedentes en su jurisprudencia⁵⁶. También en *Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé*, la CPI se apoyó en la normativa y jurisprudencia del TPIR y de los tribunales de derechos humanos para justificar la decisión de ordenar la libertad *condicional* de un acusado absuelto, estando pendiente la apelación, sin que esta posibilidad estuviera prevista expresamente en la normativa procesal⁵⁷. Por tanto, consideramos que la CPI podría de nuevo inspirarse en la jurisprudencia de estos tribunales cuando se plantee la primera solicitud de revisión.

3. EL PRINCIPIO DE BUENA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y LA NECESIDAD DE ACLARAR NOCIONES PROCESALES PARA CONCILIAR *JUSTICIA* Y *CELERIDAD* EN EL PROCESO PENAL INTERNACIONAL

Los órganos judiciales examinados han aclarado dos conceptos jurídicos indeterminados que, en la práctica, han generado confusión entre el recurso de apelación y el procedimiento de revisión. Esta labor interpretativa de los jueces favorece la buena administración de justicia, pues evita el uso indebi-

⁵⁵ *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, demandes reconventionnelles. Ordonnance du 17 décembre 1997, CIJ Recueil 1997, pp. 259-260, párr. 40.*

⁵⁶ CPI, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment on the Appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo Against his Conviction*, ICC-01/04-01/06 A 5, 1 de diciembre de 2014, párrs. 49-52.

⁵⁷ CPI, *Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé*, ICC-02/11-01/15 OA14, Second Public Redacted Version: 21 de febrero de 2019, párrs. 50-51.

do de estos mecanismos procesales y el consiguiente perjuicio para las otras partes procesales.

3.1. ¿Hecho nuevo o prueba adicional? Categorías jurídicas distintas para procedimientos distintos

Las normas estatutarias del TPIY, el TPIR y el MRITP prevén la revisión sometida al descubrimiento de un «hecho nuevo» (*«fait nouveau»*, «*new fact»*) desconocido durante el proceso de origen. Sin embargo, el art. 84.1.a) del Estatuto de la CPI no utiliza el término «*new fact»*, sino «*new evidence»* en la versión inglesa; así como en la española «nuevas pruebas»; en cambio, en la versión francesa se utiliza «*fait nouveau»*. Esta divergencia en los términos empleados podría pasar desapercibida si no fuera por la distinción que han realizado los tribunales *ad hoc* y que aquí se estudia⁵⁸. Este concepto indeterminado puede dar lugar a diversas interpretaciones tendentes a ampliar o a reducir el elenco de supuestos de hecho que pueden justificar la revisión de la sentencia y, a su vez, otorga al órgano jurisdiccional un amplio margen de interpretación de la norma procesal.

El recurso de apelación, concebido generalmente como un recurso ordinario a diferencia del carácter extraordinario de la revisión, se puede interponer cuando se ha cometido un error de derecho que invalide el fallo o un error de hecho que pueda ocasionar una injusticia⁵⁹. La normativa procesal permite aportar nuevas pruebas en apelación, siempre que se cumplan determinadas condiciones; por tanto, es una medida excepcional⁶⁰. La diferencia entre aportar una nueva prueba en apelación y alegar un hecho nuevo en revisión puede ser difícil de delimitar, como han advertido los tribunales *ad hoc*, pudiendo dificultar la elección del procedimiento adecuado.

A pesar de la confusión patente en los primeros procedimientos de revisión sustanciados ante estos tribunales, estos han proporcionado una defi-

⁵⁸ Sobre la relevancia de la distinción entre estos conceptos y los problemas que pueden surgir en cuanto a su interpretación, destaca la normativa procesal de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADH). El art. 78.1 de su Reglamento de Procedimiento vigente a 1 de septiembre de 2020, relativo a la revisión, menciona tanto «hecho nuevo» como «prueba nueva» («*new fact or evidence»*; «*nouveaux faits ou éléments de preuves»*), mientras que la normativa anterior únicamente utilizaba el término «prueba nueva». Esta enmienda en la cláusula de revisión y el uso de ambos conceptos mediante la conjunción disyuntiva denota que no significan lo mismo, a pesar de que ambos puedan justificar, *prima facie*, la revisión del fallo en dicha jurisdicción; en todo caso, convendría examinar con detenimiento la jurisprudencia en materia de revisión ante este Tribunal, para comprobar cómo la CADH ha resuelto las solicitudes planteadas. Nos reservamos este análisis para un trabajo posterior.

⁵⁹ Art. 23.1 del Estatuto del MRITP; art. 25.1 del Estatuto del TPIY, art. 24.1 del Estatuto del TPIR. En la CPI, también se puede interponer apelación por un vicio del procedimiento o, en caso de que el apelante sea el condenado o el fiscal en su nombre, también por «cualquier otro motivo que afecte a la justicia o a la regularidad del proceso o del fallo» (art. 81.1 del Estatuto de la CPI). Sobre las causas de apelación tanto en los tribunales *ad hoc* como en la CPI véase DJUKIĆ, D., *op. cit.*, pp. 162-208.

⁶⁰ Art. 142 del Reglamento del MRITP, art. 115 del Reglamento del TPIY, art. 115 del Reglamento del TPIR. Ni el Estatuto ni las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI prevén una disposición expresa sobre aportación de prueba adicional en apelación, pero sí la Norma 62 del Reglamento de la CPI («*Regulations of the Court»*).

nición de «hecho nuevo» que se ha mantenido constante hasta la fecha, a diferencia de otros tribunales internacionales que, aunque han conocido de solicitudes de revisión, no han ofrecido pautas claras sobre la definición de «hecho nuevo»⁶¹. Así, un hecho nuevo es: «*New information of an evidentiary nature of a fact that was not in issue during the trial or appeal proceedings*»⁶². Los tribunales *ad hoc* también han aclarado que «*not in issue*» significa que la información nueva no se encuentre entre los factores que el tribunal tuvo en cuenta para alcanzar su veredicto⁶³. Este matiz ofrece la clave para discernir entre la apelación y la revisión y evitar un uso indebido de estos mecanismos procesales, como señaló la Sala de Apelaciones del TPIY en el caso *Prosecutor v. Tadić*⁶⁴.

⁶¹ Así, la CIJ ha emitido hasta la fecha tres fallos sobre revisión y en ningún caso ha ofrecido una definición concreta sobre este concepto más allá de alguna característica que se infiere de su razonamiento jurídico. *Application for Revision and Interpretation of the Judgment of 24 February 1982 in the Case concerning the Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya) (Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya)*, Judgment, ICJ Reports 1985, p. 192; *Demande en révision de l'arrêt du 11 juillet 1996 en l'affaire relative à l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnia-Herzégovine c. Yougoslavie) exceptions préliminaires (Yougoslavie c. Bosnia Herzégovine)*, arrêt, CIJ Recueil 2003, p. 7; *Demande en révision de l'arrêt du 11 septembre 1992 en l'affaire du Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime [El Salvador/Honduras; Nicaragua (intervenante)] (El Salvador c. Honduras)*, arrêt, CIJ Recueil 2003, p. 392. Se presentó una cuarta solicitud de revisión, pero el proceso terminó por desistimiento: *Application for revision of the judgment of 23 May 2008 in the case concerning sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore) (Malaysia v. Singapore)*, ICJ, Providencia de la CIJ, de 29 de mayo de 2018.

⁶² TPIY, *Prosecutor v. Jelisić, Decision on Motion for Review*, Case No. IT-95-10-R, 2 de mayo de 2002, p. 3; TPIY, *Prosecutor v. Tadić*, IT-94-1-R, 30 de julio de 2002, párr. 25; TPIR, *Niyitegeka v. Prosecutor*, ICTR-96-14-R, 30 de junio de 2006, párr. 6; TPIY, *Prosecutor v. Radić, Decision on Defence Request for Review (Public Redacted Version)*, IT-98-30/1-R.1, 31 de octubre de 2006, párr. 12; TPIY, *Prosecutor v. Blaškić*, IT-95-14-R, 23 de noviembre de 2006, párr. 40; TPIR, *Rutaganda v. Prosecutor*, ICTR-96-03-R, 8 de diciembre de 2006, párr. 9; TPIR, *Prosecutor v. Simba*, ICTR-01-76-A, 9 de enero de 2007, párr. 13; *Vidoje Blagojević v. Prosecutor, Decision on Vidoje Blagojević's Request for Review*, IT-02-60-R, 15 de julio de 2008, párrs. 4 y 9; TPIY, *Naletilić v. Prosecutor, Decision on Mladen Naletilić's Request for Review (Public)*, IT-98-34-R, 19 de marzo de 2009, párr. 11; TPIY, *Prosecutor v. Šljivančanin, Decision with Respect to Veselin Šljivančanin's application for Review (Public)*, IT-95-13/1-R.1, 14 de julio de 2010, pp. 2-3; TPIR, *François Karera v. Prosecutor*, ICTR-01-74-R, 26 de marzo de 2012, párr. 11; TPIR, *Tharcisse Muvunyi v. Prosecutor, Decision on Request for Variation of Protective Measures and Request for Review*, ICTR-00-55A-R, 28 de septiembre de 2012, párr. 13; TPIR, *Juvénal Kajelijeli v. Prosecutor, Decision on Request for Review*, ICTR-98-44A-R, 29 de mayo de 2013, párr. 8; MRITP, *Prosecutor v. Lukić, Decision on Milan Lukić's Application for Review*, MICT-13-52-R.1, 7 de julio de 2015, párr. 6.

⁶³ TPIY, *Prosecutor v. Tadić*, IT-94-1-R, 30 de julio de 2002, párr. 25: «*The requirement that the new fact has not been in issue at trial means that it must not have been among the factors that the deciding body could have taken into account in reaching its verdict*». En el mismo sentido, TPIR, *Niyitegeka v. Prosecutor*, ICTR-96-14-R, 30 de junio de 2006, párr. 6; TPIY, *Prosecutor v. Radić*, IT-98-30/1-R.1, 31 de octubre de 2006, párr. 12; TPIY, *Prosecutor v. Blaškić*, IT-95-14-R, 23 de noviembre de 2006, párr. 40; TPIR, *Rutaganda v. Prosecutor*, ICTR-96-03-R, 8 de diciembre de 2006, párr. 9; TPIR, *Prosecutor v. Simba*, ICTR-01-76-A, 9 de enero de 2007, párr. 13; TPIY, *Vidoje Blagojević v. Prosecutor*, IT-02-60-R, 15 de julio de 2008, párr. 5; TPIY, *Naletilić v. Prosecutor*, IT-98-34-R, 19 de marzo de 2009, párr. 11; TPIY, *Prosecutor v. Šljivančanin*, IT-95-13/1-R.1, 14 de julio de 2010, pp. 2-3; TPIR, *François Karera v. Prosecutor*, ICTR-01-74-R, 26 de marzo de 2012, párr. 11; TPIR, *Tharcisse Muvunyi v. Prosecutor*, ICTR-00-55A-R, 28 de septiembre de 2012, párr. 13; TPIR, *Juvénal Kajelijeli v. Prosecutor*, ICTR-98-44A-R, 29 de mayo de 2013, párr. 8; MRITP, *Prosecutor v. Lukić*, MICT-13-52-R.1, 7 de julio de 2015, párrs. 6 y 14.

⁶⁴ TPIY, *Prosecutor v. Duško Tadić, Decision on Appellant's Motion for the Extension of the Time-Limit and Admission of Additional Evidence*, IT-94-1-A, 15 de octubre de 1998, párrs. 29-30. Conviene señalar que hubo una segunda solicitud de revisión en 2002.

3.1.1. Más pruebas no son más hechos nuevos: la doctrina Tadić

En *Prosecutor v. Tadić* la Sala de Apelaciones del TPIY estableció el criterio para distinguir las categorías jurídicas de «prueba adicional» y «hecho nuevo» con el objetivo de establecer la diferencia entre la apelación (art. 25 del Estatuto y art. 115 del Reglamento) y la revisión (art. 26 del Estatuto y arts. 119-122 del Reglamento).

Tanto la Fiscalía como el condenado apelaron la sentencia condenatoria⁶⁵. En el curso del procedimiento de apelación, el condenado presentó una moción solicitando la extensión del plazo para la presentación de su escrito de apelación con el objetivo de poder preparar y aportar nuevas pruebas, pero, subsidiariamente, planteó que se considerara su solicitud como una petición de revisión⁶⁶. Tadić aportó numerosos medios de prueba, tanto de naturaleza testifical como documental que, según su versión, no pudo obtener durante el proceso de origen.

La Sala explicó que el hecho nuevo era aquel que se conocía con posterioridad al fallo, a pesar del ejercicio de una debida diligencia. Por el contrario, cuando el apelante aportaba una prueba sobre un hecho que se valoró en el proceso de origen, la apelación con solicitud de aportación de prueba adicional era el procedimiento adecuado:

«Review proceedings under Article 26 of the Statute and Rule 119 are different from appellate proceedings under Article 25 and Rule 115. Where an applicant seeks to present a new fact which becomes known only after trial, despite the exercise of due diligence during the trial in discovering it, Rule 119 is the governing provision. In such a case, the Appellant is not seeking to admit additional evidence of a fact that was considered at trial, but rather a new fact. The proper venue for a review application is the Chamber that rendered the final judgement; it is to that Chamber that the motion for review should be made. In this case, it is for the Trial Chamber to review the Judgement and determine whether the new fact, if proved, could have been a decisive factor in reaching a decision»⁶⁷.

A nuestro juicio, esta diferenciación aplicada por la Sala recoge perfectamente el criterio establecido, ya en 1924, por la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) en su *Opinión consultiva sobre el asunto del Monasterio de Saint Naoum (frontera albanesa)*, donde declaró que *«des documents nouvellement produits ne constituent pas par eux-mêmes de faits nouveaux»*⁶⁸. En rigor, atendiendo a la definición jurídico-procesal de medio de prueba⁶⁹, se

⁶⁵ TPIY, *Prosecutor v. Tadić, Opinion and Judgment*, IT-94-1-T, 7 de mayo de 1997.

⁶⁶ TPIY, *Prosecutor v. Duško Tadić*, IT-94-1-A, 15 de octubre de 1998, párrs. 23 y 28.

⁶⁷ *Ibid.*, párr. 30.

⁶⁸ *Affaire du Monastère de Saint-Naoum (frontière albanaise)*, PCJI, *Série B, Avis consultative* núm. 9, 4 de septiembre de 1924, p. 22.

⁶⁹ «Cada una de las diferentes actividades que tienen lugar en el proceso y a través de las cuales se introducen las fuentes u objeto de prueba para fijar como ciertos determinados hechos y que conducirán al juez a adquirir la certeza positiva o negativa de las afirmaciones de hecho que sostienen las partes», REAL ACADEMIA ESPAÑOLA Y CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Diccionario panhispánico*

observa claramente que no existe una correspondencia exacta entre hecho y medio de prueba, pues la existencia o veracidad de un mismo hecho se puede constatar por diferentes medios de prueba (documental, testifical o pericial). Por ello, un medio de prueba nuevo sobre el mismo hecho ya alegado y valorado durante el proceso de origen no puede constituir un hecho nuevo a efectos de la revisión⁷⁰.

La importancia de mantener la diferenciación entre ambos procedimientos es evidente en otras jurisdicciones internacionales donde no está prevista la apelación y, por tanto, cualquier intento de los litigantes por obtener un segundo pronunciamiento del fallo por un error de hecho o de derecho desvirtuaría el propio sistema de justicia⁷¹. El Juez del TPIR, M. Shahabudden, describió la función de la revisión en su opinión separada en *Barayagwiza v. Prosecutor*, en los siguientes términos:

«Under review, the motion has to be approached on the footing that the earlier findings of the Appeals Chamber stand, save to the extent to which it can be seen that those findings would themselves have been different had certain new facts been available to the Appeals Chamber when the original decision was

del español jurídico, Madrid, Santillana, 2017, edición en línea (2020) www.dpej.rae.es. S. Barona Vilar define los medios de prueba como «aquellas actividades que será necesario desplegar para incorporar la fuente al proceso, de ahí que exista solo si hay proceso en el que se desarrolle, de acuerdo con las normas establecidas en el mismo. El medio es lo formal, lo procesal. Es medio la testifical; la documental (con sus múltiples variaciones); la pericial, etc., y se convierte en la vía para incorporar las fuentes al proceso». En MONTERO AROCA, J. *et al.*, *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, 27.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2019 p. 408. Se aprecia claramente la diferencia con los «hechos», que conforman el «objeto de la prueba», es decir, lo que puede ser probado en el proceso penal en sentido abstracto y general, y que define como: «acontecimientos de la vida individual y colectiva». En la misma obra, p. 386. En términos similares, V. Moreno Catena define medio de prueba como «los instrumentos procesales a través de los que las fuentes de prueba se incorporan al proceso y solo existen dentro de un proceso, regidos por normas procesales que establecen supuestos y las formas en que la fuente de la prueba puede aparecer dentro del proceso y de ese modo permiten llevar al juez el conocimiento que la fuente de prueba proporciona», MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal*, 9.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 426. A su vez, las fuentes de prueba consistirían en objetos o personas que pueden proporcionar conocimientos para apreciar o acreditar los hechos afirmados por una parte procesal, véase en la misma obra, p. 426.

⁷⁰ TPIY, *Prosecutor v. Duško Tadić*, IT-94-1-A, 15 de octubre de 1998, párr. 32: «*The Appeals Chamber will, however, observe that a distinction exists between a fact and evidence of that fact. The mere subsequent discovery of evidence of a fact which was known at trial is not itself a new fact within the meaning of Rule 119 of the Rules. In the view of the Appeals Chamber, the alleged new fact evidence submitted by the Appellant is not evidence of a new fact; it is additional evidence of facts put in issue at the trial. Some of that additional evidence was not available at the trial. That being so, it is necessary to consider whether so much of that evidence as was not available at the trial is required by the interests of justice to be presented at the appeal. This is considered below.*»

⁷¹ El Juez Koroma señaló: «*In my view, when an application for revision is submitted under Article 61 and where fresh facts have emerged and are of such importance as to warrant revising the earlier decision or conclusion, the Court should be willing to carry out such a procedure. Such an application is not to be regarded as impugning the Court's earlier legal decision as such, as that decision was based on the facts as then known although the outcome of the challenge may have an effect on the judgment.*». *Demande en révision de l'arrêt du 11 juillet 1996 en l'affaire relative à l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnia-Herzégovine c. Yugoslavie) exceptions préliminaires (Yugoslavie c. Bosnia Herzégovine)*, arrêt, CIJ Recueil 2003, Opinión separada del Juez Koroma, p. 38, párr. 11.

made; under that procedure, it is not therefore possible to challenge the previous holdings of the Appeals Chamber as incorrect on the basis on which they were made»⁷².

En suma, la diferencia entre un hecho nuevo y una prueba adicional reside en que el hecho nuevo no se alegó durante el proceso de origen, sino que se presenta por primera vez en la revisión. La prueba adicional, en cambio, se refiere a hechos que ya fueron objeto de debate en el proceso de origen y sobre los que ya se pronunció el tribunal. Por tanto, la revisión no debe utilizarse como una segunda apelación⁷³ y no es un mecanismo para «relitigar» cuestiones ya decididas, como han reiterado los tribunales *ad hoc* y el MRITP⁷⁴.

A nuestro juicio, la interpretación diferenciada de estos conceptos contribuye a que los justiciables opten por la vía procesal correcta para plantear sus pretensiones y se eviten abusos del proceso y dilaciones indebidas en el desarrollo del procedimiento⁷⁵. Como señaló la Fiscalía en *Prosecutor v. Tadić*, así se evita la duplicación de procedimientos, es decir, que se solicite a la vez la revisión y la apelación sobre la base de los mismos hechos o materiales probatorios⁷⁶.

3.1.2. Aspectos comunes entre hecho nuevo y prueba adicional que alimentan la confusión

Aunque la diferencia entre hecho y medio de prueba pueda parecer clara conforme a la doctrina *Tadić*, en la práctica no ha resultado sencillo discernir ambos conceptos. Existen aspectos comunes a ambos procedimientos que alimentan la confusión. Primero, en ambos procedimientos la presentación

⁷² TPIR, *Barayagwiza v. Prosecutor*, ICTR-97-19-AR72, 31 de marzo de 2000, Opinión Separada del Juez Shahabudden, párr. 2. También destaca la diferencia entre ambos procedimientos en TPIY, *Prosecutor v. Zdravko Mucić, Hazim Delić y Esad Landžo*, IT-96-21-Abis, 8 de abril de 2003, párr. 51.

⁷³ TPIR, *Niyitegeka v. Prosecutor*, ICTR-96-14-R, 30 de junio de 2006, párr. 47.

⁷⁴ *Ibid.*, párr. 42; TPIY, *Vidoje Blagojević v. Prosecutor*, IT-02-60-R, 15 de julio de 2008, párr. 4; TPIY, *Naletilić v. Prosecutor*, IT-98-34-R, 19 de marzo de 2009, párrs. 10 y 24; TPIR, *François Karera v. Prosecutor*, ICTR-01-74-R, 26 de marzo de 2012, párr. 9; TPIR, *Juvénal Kajelijeli v. Prosecutor*, ICTR-98-44A-R, 29 de mayo de 2013, párr. 7; MRITP, *Prosecutor v. Ferdinand Nahimana (Public), Decision on Nahimana's Request for Review*, MICT-I3-37-R.1, 16 de noviembre de 2015, párr. 7; MRITP, *Semanza v. Prosecutor*, MICT-13-36-R, 9 de abril de 2018, párr. 13.

⁷⁵ Algunos autores critican esta diferenciación, véase GALBRAITH, J., «“New Facts” in ICTY and ICTR Review Proceedings», *Leiden Journal of International Law*, vol. 21, 2008, pp. 131-150, esp. p. 137: «It seems unlikely, however, that the Security Council would have intended the Statute's term “new facts” to be interpreted to bar review in such an instance. Instead, from a perspective of substantive justice, it seems wiser to focus on whether the evidence was newly discovered and whether it could have materially affected the judgment, rather than on whether to classify it as related to matters that were or were not at issue in the trial»; sobre la diferencia entre estos mecanismos, véase BIANCHI, L. y ONSA, I., «Part IV Proof of Facts Other than Through Evidence at Trial. 16. Additional Evidence on Appeal, Review Proceedings, and the Remedy of Reconsideration», en KHAN, K. A. A., BUISMAN, C. y GOSNELL, Ch. (eds.), *Principles of Evidence in International Criminal Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2015 (e-book).

⁷⁶ TPIY, *Prosecutor v. Duško Tadić*, IT-94-1-A, 15 de octubre de 1998, párr. 24.

de medios de prueba adicionales o hechos nuevos es excepcional⁷⁷, pues la normativa procesal exige que se cumplan unas condiciones tasadas; y, segundo, estas condiciones son muy similares o equivalentes en ambos procedimientos.

Por una parte, para la aportación de prueba adicional, el Reglamento del TPIY [art. 115.b)] y en los mismos términos el Reglamento del TPIR [art. 115.b)] señalaban cuatro requisitos para la admisión de prueba adicional, que se han mantenido en el art. 142.c) del Reglamento del MRITP: 1) la prueba no estuvo disponible durante el proceso de origen; 2) debía ser creíble; 3) debía ser relevante, y 4) debía constituir un factor decisivo para el fallo. En el momento en que se dictó la Decisión en *Prosecutor v. Tadić*, el art. 115 del Reglamento exigía unos requisitos menos precisos: 1) se debía demostrar que la prueba nueva no se pudo obtener durante el proceso de origen, y 2) si no se pudo obtener, se debía demostrar que su admisión en apelación era necesaria en *interés de la justicia*⁷⁸. Por otra parte, para solicitar la revisión, la normativa de estos tribunales coincide en que el hecho nuevo alegado: 1) debe ser decisivo, y 2) desconocido por el solicitante durante el proceso de origen a pesar de haber actuado con la debida diligencia⁷⁹.

En cuanto a la imposibilidad de presentar la prueba durante el proceso de origen, el TPIY vinculó este requisito a la exigencia de actuar con la debida diligencia, condición que no estaba expresamente prevista en el art. 115, pero que, en cambio, se exige *expressis verbis* en el procedimiento de revisión (art. 119)⁸⁰. Sobre la necesidad de que la prueba adicional fuera necesaria en interés de la justicia, el TPIY apuntó que el interés de la justicia no le facultaba, *per se*, a autorizar la presentación de nuevas pruebas, si estas podían haberse presentado en el momento procesal oportuno en virtud del principio de finalidad, elemento esencial junto con la obligatoriedad de las sentencias del principio de cosa juzgada. Por ello, concluyó que solo en caso de que la prueba nueva no pudiera presentarse en el proceso de origen, tendría que considerar si dicha prueba era necesaria en interés de la justicia⁸¹.

En cuanto a que la prueba constituya un factor decisivo, como también se exige en la revisión respecto al hecho nuevo, este término se incorporó en la última enmienda del art. 115 del Reglamento del TPIY sustituyendo a la

⁷⁷ Interesa apuntar que, en algunos ordenamientos internos, como en el Derecho penal español, la aportación de nuevas pruebas en apelación también es excepcional, pues prevé un sistema de apelación limitada (art. 790.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Véase al respecto MONTERO AROCA, J. *et al.*, *op. cit.*, pp. 474 y 483-484.

⁷⁸ TPIY, *Prosecutor v. Duško Tadić*, IT-94-1-A, 15 de octubre de 1998, párr. 34.

⁷⁹ Art. 119.a) del Reglamento del TPIY (enmendado el 12 de julio de 2001); art. 120.a) del Reglamento del TPIR; art. 146.a) del Reglamento del MRITP.

⁸⁰ El art. 115 fue objeto de enmienda en 2002 y 2005. En el momento de dictar esta Decisión (15 de octubre de 1998) se aplicó su redacción anterior, en la que no se especificaba la debida diligencia, ni el factor decisivo. En la redacción posterior a su enmienda tampoco se menciona la debida diligencia. Sin embargo, la Sala consideró que debía exigirse una conducta diligente por el apelante; véase TPIY, *Prosecutor v. Duško Tadić*, IT-94-1-A, 15 de octubre de 1998, párr. 36 *in fine*.

⁸¹ TPIY, *Prosecutor v. Duško Tadić*, IT-94-1-A, 15 de octubre de 1998, párrs. 35 y 72.

expresión en «interés de la justicia», y que, como ya señalamos, se ha mantenido en el actual Reglamento del MRITP. A nuestro juicio, esta enmienda se debió a la interpretación de la Sala de Apelaciones en *Prosecutor v. Tadić*, aunque ambos conceptos apuntan a un mismo objetivo, que es encontrar el equilibrio entre la justicia del fallo y la seguridad jurídica que proporciona la cosa juzgada, pues solo un hecho que sea realmente decisivo puede afectar al veredicto y, por consiguiente, sería en interés de la justicia admitirlo.

3.2. La formación de una *jurisprudence constante* a partir de la doctrina *Tadić*

La distinción establecida en el caso *Tadić* ha tenido una importante repercusión en los procedimientos de revisión sustanciados con posterioridad, ya que a la hora de comprobar si la solicitud se fundamentaba en un verdadero «hecho nuevo», los tribunales han utilizado esta distinción para decidir sobre su admisibilidad.

Sin embargo, la práctica demuestra que no es fácil diferenciar un hecho nuevo de una prueba nueva sobre el mismo hecho. Ciertamente, es difícil pensar en un hecho relevante para la solución de la controversia que, con mayor o menor intensidad, no esté vinculado a los hechos valorados en el proceso de origen⁸². Por este motivo, no es extraño que la mayoría de las solicitudes de revisión hayan sido inadmitidas porque los hechos alegados no eran nuevos, sino hechos que el tribunal ya había valorado y, por tanto, la solicitud se basaba en una prueba adicional sobre los mismos hechos⁸³.

⁸² Galbraith considera que esta interpretación de hecho nuevo es excesivamente restrictiva y puede ocasionar una injusticia material; véase GALBRAITH, J., *op. cit.*, pp. 132, 137 y 138.

⁸³ Los únicos casos admitidos en revisión son tres: TPIR, *Barayagwiza v. Prosecutor*, ICTR-97-19-AR72, 31 de marzo de 2000; TPIY, *Prosecutor v. Veselin Šljivančanin*, IT-95-13/1-R.1, 8 de diciembre de 2010, y MRITP, *Prosecutor v. Ngirabatware, Decision on Ngirabatware's Motion for Review (Public and Redacted)*, MICT-12-29-R, 19 de junio de 2017 (decisión sobre admisibilidad; la sentencia sobre el fondo en revisión se encuentra pendiente). Los casos inadmitidos son: TPIR, *Akayesu v. le Procureur, Arret (Requete aux fins de renvoi de l'affaire devant la Chambre de Premiere Instance 1)*, ICTR-96-4-A, 16 de mayo de 2001; TPIR, *Prosecutor v. Semanza, Decision on the Prosecutor's Urgent Motion for Review*, ICTR-97-20-I, 7 de febrero de 2001; TPIY, *Prosecutor v. Hazim Delić, Decision on Motion for Review*, IT-96-21-R-R119, 25 de abril de 2002; TPIY, *Prosecutor v. Jelisić, Decision on Motion for Review*, Case No. IT-95-10-R, 2 de mayo de 2002; TPIY, *Prosecutor v. Tadić*, IT-94-1-R, 30 de julio de 2002; TPIY, *Prosecutor v. Josipović*, IT-95-16-R2, 7 de marzo de 2003; TPIY, *Prosecutor v. Josipović, Decision on Motion for Review*, IT-95-16-R.3, 2 de abril de 2004; TPIR, *Niyitegeka v. Prosecutor*, ICTR-96-14-R, 30 de junio de 2006; TPIY, *Prosecutor v. Žigić*, IT-98-30/1-R.2, 25 de agosto de 2006; TPIY, *Prosecutor v. Radić*, IT-98-30/1-R.1, 31 de octubre de 2006; TPIY, *Prosecutor v. Blaškić*, IT-95-14-R, 23 de noviembre de 2006; TPIR, *Rutaganda v. Prosecutor*, ICTR-96-03-R, 8 de diciembre de 2006; TPIR, *Prosecutor v. Simba*, ICTR-01-76-A, 9 de enero de 2007; TPIY, *Vidoje Blagojević v. Prosecutor*, IT-02-60-R, 15 de julio de 2008; TPIY, *Naletilić v. Prosecutor*, IT-98-34-R, 19 de marzo de 2009; TPIR, *Jean de Dieu Kamuhanda v. The Prosecutor, Decision on Request for Review*, ICTR-99-54A-R, 25 de agosto de 2011; TPIR, *François Karera v. The Prosecutor*, ICTR-01-74-R, 26 de marzo de 2012; TPIR, *Tharcisse Muvunyi v. The Prosecutor*, ICTR-00-55A-R, 28 de septiembre de 2012; TPIR, *Juvénal Kajelijeli v. The Prosecutor*, ICTR-98-44A-R, 29 de mayo de 2013; TPIY, *Prosecutor v. Rasim Delić, Decision on Defence Motion for Review*, IT-04-83-R.1, 17 de diciembre de 2013; MRITP, *Ntabakuze v. Prosecutor, Decision on Ntabakuze's Pro Se Motion for Assignment of an Investigator and Counsel in Anticipation of his Request for Review (Public)*, MICT-14-

Los primeros procedimientos de revisión tras la decisión en *Tadić* presentan cierta ambigüedad porque, aunque invocan este criterio (diferencia entre hecho y medio de prueba) y citan el caso *Tadić*, en su valoración de los elementos probatorios no se aprecia la diferencia. Así, en *Barayagwiza v. Prosecutor*⁸⁴ la Fiscalía presentó tres conjuntos de materiales para que el TPIR revisara la sentencia de apelación respecto a la violación de los derechos del acusado y a la actuación de la Fiscalía y en la que rechazaba los cargos contra el acusado. Aunque el TPIR especificó en relación con algunos materiales probatorios presentados que constituían «*evidence rather than facts*»⁸⁵ y respecto a otros indagó en los hechos que «emergían» de ellos considerándolos como «hechos nuevos»⁸⁶, su tratamiento tuvo el mismo resultado, esto es, concluyó que todos los materiales documentales revelaban información decisiva que suponía una modificación de la Decisión cuya revisión se solicitaba⁸⁷. Por tanto, en este caso, no se aplicó de manera rigurosa la doctrina *Tadić*⁸⁸.

En posteriores procedimientos de revisión, los tribunales *ad hoc* han utilizado la doctrina *Tadić* como criterio general para dirimir las solicitudes de revisión, aunque la casuística a la que da lugar este concepto jurídico indeterminado puede ocasionar divergencias interpretativas. Así, se ha considerado que la aportación de nuevos testimonios u otros medios de prueba que afectan a la credibilidad de un testigo durante el proceso de origen no es más que prueba adicional sobre los mismos hechos ya debatidos.

A modo ilustrativo, en *Prosecutor v. Josipović*, el TPIY consideró que el nuevo testimonio aportado cuestionaba la identidad del autor del crimen, ya que afirmaba que fue otra persona y no el acusado quien cometió el crimen, por lo que la autoría de los hechos que se le imputaban ya fue objeto de debate y examen en el proceso de origen⁸⁹. En *Niyitegeka v. Prosecutor*, el TPIR entendió que las transcripciones de audios sobre una reunión celebrada en abril de 1994, a la que afirmó haber asistido el condenado, constituía prueba adicional para desacreditar a un testigo que afirmó haberlo visto en el lugar

77-R, 19 de enero de 2015; MRITP, *Prosecutor v. Lukić*, MICT-13-52-R.1, 7 de julio de 2015; MRITP, *Prosecutor v. Lukić, Decision on Sreten Lukić's Application for Review*, MICT-14-67-R.1, 8 de julio de 2015; MRITP, *Prosecutor v. Ferdinand Nahimana (Public)*, MICT-13-37-R.1, 16 de noviembre de 2015; MRITP, *Semanza v. Prosecutor*, MICT-13-36-R, 9 de abril de 2018.

⁸⁴ TPIR, *Barayagwiza v. Prosecutor*, ICTR-97-19-AR72, 31 de marzo de 2000, párrs. 42-43.

⁸⁵ *Ibid.*, párr. 54.

⁸⁶ *Ibid.*, párrs. 57 y 60.

⁸⁷ El Juez Shahabudden destacó la dificultad de establecer la línea que separaba ambos conceptos: «*It has to be recognised that there can be difficulty in drawing a clear line of separation between a new fact within the meaning of that Article of the Statute and additional evidence within the meaning of Rule 115 of the Tribunal's Rules of Procedure and Evidence. A new fact is generically in the nature of additional evidence. The differentiating specificity is this: additional evidence, though not being merely cumulative, goes to the proof of facts which were in issue at the hearing; by contrast, evidence of a new fact is evidence of a distinctly new feature which was not in issue at the trial*». *Ibid.*, Opinión Separada del Juez Shahabudden, párr. 47.

⁸⁸ Sobre este caso, GALBRAITH, J., *op. cit.*, p. 140: «*Whatever the merits of that view, it is true that this decision took a broad approach in practice to what constitutes a "new fact". It treated new information about an already contested issue as a "new fact" - an approach that stands in sharp tension with the Tadić distinction*».

⁸⁹ TPIY, *Prosecutor v. Josipović*, IT-95-16-R2, 7 de marzo de 2003, párr. 19.

de los hechos, pero no un hecho nuevo, puesto que la participación del Sr. Niyitegeka en dicha reunión como coartada frente a su presencia en otro lugar y las implicaciones para la credibilidad del testigo ya se habían discutido en el proceso de origen⁹⁰. También en *Prosecutor v. Radić*, los hechos nuevos consistían en el testimonio de dos testigos nuevos que cuestionarían el lugar donde se cometió la violación de la víctima por parte de M. Radić. La Sala de Apelaciones confirmó que el lugar y la hora de la comisión de este delito fue un hecho debatido y examinado durante el proceso de origen y, por tanto, fue un factor que se tuvo en cuenta para alcanzar el veredicto; además, la defensa ya había intentado cuestionar la credibilidad de la víctima tanto en primera instancia como en apelación sin éxito⁹¹.

En otros casos, en cambio, se ha considerado como hechos nuevos una parte de la información proporcionada por un nuevo testigo. Como afirmó el TPIR en *Juvéna Kajelijeli v. The Prosecutor: «The Appeals Chamber has previously recognised that newly discovered information related to witness credibility may amount to a new fact»*⁹². La diferencia con los casos anteriores reside en que la información proporcionada no se presentó en el proceso de origen, aunque, en nuestra opinión, esta diferencia es sutil, pues la información está vinculada a hechos debatidos en el proceso de origen, por lo que en estos casos los tribunales han actuado, más bien, en interés de la justicia y no en aplicación estricta de la diferencia entre hecho y prueba adicional. En el caso citado, uno de los testigos, que había declarado en contra del acusado en el proceso de origen, se había retractado de su testimonio en un proceso judicial posterior relativo a otro caso⁹³. Puesto que este proceso fue posterior al fallo ante el TPIR, evidentemente se desconocía y no fue valorado por el TPIR, aunque finalmente se inadmitió la revisión porque no se consideró que esta información hubiera influido en su veredicto⁹⁴.

También en *Prosecutor v. Veselin Šljivančanin*, el condenado presentó un testigo que aportaría información sobre el contenido de una conversación que exoneraría a Šljivančanin de parte de su condena. En el procedimiento de apelación, la Sala había examinado el contenido de la conversación y sirvió para añadir una condena adicional al acusado por colaborar e incitar al asesinato, pero el nuevo testigo alegaba ahora que conocía aquella conversación

⁹⁰ TPIR, *Niyitegeka v. Prosecutor*, ICTR-96-14-R, 30 de junio de 2006, párr. 12.

⁹¹ TPIY, *Prosecutor v. Radić*, IT-98-30/1-R.1, 31 de octubre de 2006, párr. 22.

⁹² TPIR, *Juvéna Kajelijeli v. Prosecutor*, ICTR-98-44A-R, 29 de mayo de 2013, párr. 24.

⁹³ *Ibid.*, párr. 32.

⁹⁴ A diferencia de la CIJ que ha declarado que hechos surgidos con posterioridad al fallo no pueden justificar la revisión [*Demande en révision de l'arrêt du 11 juillet 1996 en l'affaire relative à l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnia-Herzégovine c. Yugoslavie) exceptions préliminaires (Yugoslavie c. Bosnia Herzégovine)*, arrêt, CIJ Recueil 2003, p. 30, párr. 67], los tribunales penales *ad hoc* han defendido que es irrelevante que el hecho existiera con anterioridad al fallo, lo importante es que el solicitante y el tribunal desconocieran el mismo; por tanto, esta es una interpretación divergente intencionada y particular de la jurisdicción penal. TPIY, *Prosecutor v. Tadić*, IT-94-1-R, 30 de julio de 2002, párr. 25; TPIR, *Niyitegeka v. Prosecutor*, ICTR-96-14-R, 30 de junio de 2006, párr. 6; TPIY, *Prosecutor v. Šljivančanin*, IT-95-13/1-R.1, 14 de julio de 2010, p. 2; MRITP, *Prosecutor v. Lukić*, MICT-13-52-R.1, 7 de julio de 2015, párr. 7; MRITP, *Prosecutor v. Lukić*, MICT-14-67-R.1, 8 de julio de 2015, párr. 6.

y el condenado no había ordenado que se retirase la protección del Ejército Popular de Yugoslavia a los prisioneros de guerra situados en Ovčara, en contra de la conclusión a la que había arribado la Sala de Apelaciones para su condena por este hecho⁹⁵.

Por último, destaca que el TPIY rechazó en un caso el desarrollo jurisprudencial posterior (interpretación evolutiva)⁹⁶ como hecho nuevo, coincidiendo con el TEDH en el procedimiento de revisión sustanciado entre *Irlanda c. Reino Unido*⁹⁷. El hecho de que dos tribunales internacionales en los que el individuo tiene legitimación activa o pasiva y en los que es esencial la protección de los derechos humanos coincidan en la interpretación de esta disposición procesal denota una sinergia entre ambos sectores normativos, DI de los derechos humanos y DI penal, que favorece la unidad del ordenamiento jurídico internacional⁹⁸.

4. EL PRINCIPIO DE BUENA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA COMO EXCEPCIÓN A LA APLICACIÓN ESTRICTA DE LAS CONDICIONES DE ADMISIBILIDAD DE LOS RECURSOS

El principio de buena administración de justicia en la jurisdicción penal internacional *ad hoc* se observa también en la interpretación flexible de las condiciones de admisibilidad en las cláusulas de revisión y aportación de prueba adicional cuando con ello se evita que se consolide una injusticia.

4.1. La exigencia de una obligación de conducta en apelación y revisión: la debida diligencia en el Derecho internacional procesal

En cualquier proceso judicial las partes tienen la obligación de preparar su caso y presentar todos los fundamentos fácticos y jurídicos y los medios

⁹⁵ TPIY, *Prosecutor v. Veselin Šljivančanin*, IT-95-13/1-R.1, 14 de julio de 2010 (admisibilidad), p. 3. Véase la sentencia de revisión en cuanto al fondo TPIY, *Prosecutor v. Veselin Šljivančanin, Review Judgment*, IT-95-13/1-R.1, 8 de diciembre de 2010.

⁹⁶ TPIY, *Prosecutor v. Tadić*, IT-94-1-R, 30 de julio de 2002, párr. 41: «*The Appeals Chamber holds that, as held in Jelisić, legal developments in the case law cannot be deemed to constitute new facts within the meaning of Rule 119, for the term “new fact” refers primarily to materials of an evidentiary nature rather than legal findings reached in another case. For these reasons, this argument is rejected.*».

⁹⁷ *Irlanda c. Reino Unido* (revisión), núm. 5310/71, TEDH 2018, párr. 125: «*The Court therefore has to be careful when examining whether the alleged new facts had a decisive influence on the original judgment. Having regard both to the wording of Rule 80 and to the purpose of revision proceedings, a request for revision is not meant to allow a party to seek a review in the light of the Court’s subsequent caselaw [...]. Consequently, the Court has to make its assessment in the light of the caselaw on Article 3 of the Convention as it stood at the time.*».

⁹⁸ Algunos autores han explorado estas sinergias entre los tribunales penales internacionales y los tribunales de derechos humanos. Véase, entre otros, SCHABAS, W. A., «Synergy or Fragmentation? International Criminal Law and the European Convention on Human Rights», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, 2011, pp. 609-632.

de prueba pertinentes en el momento procesal oportuno, esto es, durante el proceso de origen, atendiendo a las normas procesales y a las medidas que adopte el tribunal para el buen desarrollo del procedimiento. Esta obligación de conducta encuentra su fundamento básico en el principio de buena fe que rige no solo en el cumplimiento de obligaciones sustantivas, sino también procesales⁹⁹.

La revisión y la apelación no se han concebido, por tanto, para subsanar errores derivados de una preparación deficiente del caso o, en otros términos, por una conducta poco diligente del recurrente¹⁰⁰. En *Prosecutor v. Tadić*, la Sala de Apelaciones expresó así el carácter excepcional de la aportación de prueba adicional:

«Where evidence is known to an accused person, but he fails through lack of diligence to secure it for the Trial Chamber to consider, he is of his own volition declining to make use of his entitlements under the Statute and of the machinery placed thereunder at his disposal; he certainly cannot complain of unfairness»¹⁰¹.

Ambas cláusulas exigen la imposibilidad de haber obtenido o conocido la prueba o hecho decisivos durante el proceso de origen. No obstante, como explicamos anteriormente, los términos empleados son distintos, es decir, la cláusula de aportación de prueba adicional en apelación establece «*the additional evidence was not available*» [art. 142.c) del Reglamento del MRITP] y la cláusula de revisión exige que el hecho nuevo «*could not have been discovered through the exercise of due diligence*» [art. 146.a) del Reglamento del MRITP], pero ambas cláusulas implican una obligación de conducta por parte del solicitante de revisión, pues los tribunales penales han exigido que el recurrente pruebe la imposibilidad de aportar la prueba en el proceso de origen a pesar de haber actuado diligentemente.

En *Prosecutor v. Tadić* el TPIY confirmó que la debida diligencia se exigía tanto en revisión como en aportación de prueba adicional en apelación¹⁰² y añadió que la valoración del cumplimiento de los requisitos establecidos para admitir nuevas pruebas en apelación debía hacerse a la luz de dos principios

⁹⁹ La debida diligencia en el DI ha sido objeto de estudio reciente entre la doctrina; véanse, entre otros, MONNHEIMER, M., *Due Diligence Obligations in International Human Rights Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021, p. 354; KRIEGER, H., PETERS, A. y KREUZER, L. (eds.), *Due Diligence in the International Legal Order*, Oxford, Oxford University Press, 2020, p. 432; BESSON, S., «La due diligence en droit international», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, La Haya, Brill, vol. 409, 2020, pp. 153-198.

¹⁰⁰ TPIR, *Barayagwiza v. Prosecutor*, ICTR-97-19-AR72, 31 de marzo de 2000, párr. 43; TPIR, *Rutaganda v. Prosecutor*, ICTR-96-03-R, 8 de diciembre de 2006, párr. 8.

¹⁰¹ TPIY, *Prosecutor v. Duško Tadić*, IT-94-1-A, 15 de octubre de 1998, párr. 44.

¹⁰² *Ibid.*, párrs. 36 y 45. Esta interpretación se ha mantenido en la jurisprudencia posterior; véanse TPIY, *Prosecutor v. Vidoje Blagojević and Dragan Jokić, Decision on Appellant Vidoje Blagojević's Motion for Additional Evidence Pursuant to Rule 115*, IT-02-60-A, 21 de julio de 2005, párr. 7; MRITP, *Prosecutor v. Radovan Karadžić (public), Decision on a Motion to Admit Additional Evidence on Appeal*, MICT-13-55-A, 2 de marzo de 2018, párr. 7. También el TESL se apoyó en la jurisprudencia del TPIY y TPIR para interpretar los requisitos de admisibilidad de prueba adicional en apelación, entre ellos, la debida diligencia: *Prosecutor v. Issa Hassan Sesay Morris Kallon Augustine Gbao, Decision on Gbao Motion to Admit Additional Evidence Pursuant to Rule 115*, SCSL-04-15-A, 5 de agosto de 2009, párr. 10.

generales del DI procesal: el principio de finalidad de las sentencias y el principio *in dubio pro reo*¹⁰³. Téngase en cuenta que la admisibilidad irrestricta de pruebas nuevas podría tener consecuencias gravosas para el acusado, ya que la Fiscalía puede apelar una sentencia absolutoria; si pudiera basar la apelación en nuevas pruebas que no presentó en el proceso de origen por falta de diligencia, el individuo absuelto sería juzgado dos veces por los mismos hechos, conculcando el principio *non bis in idem*¹⁰⁴. Además, este modo de actuar generaría una importante falta de seguridad jurídica e incertidumbre respecto a la firmeza de las sentencias y a la invariabilidad de las situaciones jurídicas declaradas por el tribunal.

También la CPI, que no prevé ni en su Estatuto ni en sus Reglas de Procedimiento y Prueba una disposición expresa sobre la aportación de prueba adicional en apelación, pero sí en el Reglamento de la Corte (art. 62.1)¹⁰⁵, interpretó que no procedía admitir pruebas nuevas, si el recurrente no actuó con la debida diligencia para obtenerlas y presentarlas en primera instancia:

«The Appeals Chamber therefore considers that allowing the admission of additional evidence on appeal, without further restriction, entails a real risk of litigation strategies that contemplate the presentation of evidence for the first time on appeal, even if such evidence was available at trial or, with due diligence, could have been produced.

*It follows from the above that the Appeals Chamber will generally not admit additional evidence on appeal unless there are convincing reasons why such evidence was not presented at trial, including whether there was a lack of due diligence»*¹⁰⁶.

Los estatutos de los tribunales *ad hoc* prevén disposiciones para asegurar que el acusado cuenta con una defensa adecuada y se respeta el debido proceso¹⁰⁷. La normativa procesal prevé que el acusado cuente con el tiempo y los medios necesarios para la preparación de su defensa y pueda comunicarse con un abogado de su elección de manera libre y confidencialmente¹⁰⁸. Además, con este fin, se prevén disposiciones en materia de obtención y práctica de la prueba que interesan especialmente en un procedimiento posterior de revisión o presentación de prueba adicional en apelación para comprobar la diligencia empleada por el solicitante.

¹⁰³ TPIY, *Prosecutor v. Duško Tadić*, IT-94-1-A, 15 de octubre de 1998, párrs. 72 y 73.

¹⁰⁴ *Ibid.*, párr. 43.

¹⁰⁵ Reglamento de la Corte (*«Regulations of the Court»*) adoptadas por los jueces de la CPI el 26 de mayo de 2004 (última enmienda de 12 de noviembre de 2018). En concreto, la Norma 62.1 reza: *«A participant seeking to present additional evidence shall file an application setting out: (a) The evidence to be presented; (b) The ground of appeal to which the evidence relates and the reasons, if relevant, why the evidence was not adduced before the Trial Chamber»*.

¹⁰⁶ CPI, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06 A 5, 1 de diciembre de 2014, párrs. 57 y 58.

¹⁰⁷ La falta de diligencia por parte de la defensa técnica del acusado puede justificar la imposibilidad de aportar el material probatorio o el hecho nuevo en determinados casos. Véanse TPIY, *Prosecutor v. Duško Tadić*, IT-94-1-A, 15 de octubre de 1998, párrs. 48, 50 y 65; TPIR, *Rutaganda v. Prosecutor*, ICTR-96-03-R, 8 de diciembre de 2006, párrs. 33-34.

¹⁰⁸ Art. 67.1.b) del Estatuto de la CPI; art. 21.4.b) del Estatuto del TPIY; art. 20.4.b) del Estatuto del TPIR; art. 19.4.b) del Estatuto del MRITP.

Por ejemplo, se prevén medidas dirigidas a la protección de víctimas y testigos para que puedan comparecer ante el tribunal sin temor a represalias¹⁰⁹, se establece la obligación general de los Estados parte de cooperar en la investigación y enjuiciamiento de los crímenes cometidos¹¹⁰, se puede ordenar a las partes la producción de prueba adicional o citar a testigos para que comparezcan ante el tribunal¹¹¹ y la Fiscalía está obligada a exhibir aquellos materiales probatorios que puedan exculpar o mitigar la culpabilidad del acusado¹¹². Estas medidas facilitan la práctica de la prueba, por lo que en un procedimiento de revisión o en la aportación de prueba adicional se debe tener en cuenta si el solicitante hizo uso de estos medios que prevén los estatutos y reglamentos, a efectos de probar que actuó diligentemente durante el proceso de origen¹¹³.

Tanto la CPI como otros tribunales internacionales prevén medidas similares encaminadas a la obtención y práctica de la prueba y que implican la necesidad de que las partes colaboren con el tribunal en el esclarecimiento de los hechos¹¹⁴. Por tanto, el estándar aplicado por los tribunales *ad hoc* podría extrapolarse a la CPI cuando conozca de solicitudes de revisión. También entendemos que podría ser útil para otras jurisdicciones internacionales, cuando tuviesen que dirimir si el hecho nuevo alegado en el marco de una revisión pudo conocerse durante el proceso de origen.

4.2. El interés de la justicia frente a la seguridad jurídica de la cosa juzgada: una manifestación de los poderes inherentes de los órganos judiciales penales

Según Robert Kolb, una de las principales aplicaciones del principio de buena administración de justicia es servir como criterio necesario para encontrar el equilibrio entre la justicia y el cumplimiento de las necesidades

¹⁰⁹ Art. 68 del Estatuto de la CPI; art. 22 del Estatuto del TPIY; art. 21 del Estatuto del TPIR; art. 20 del Estatuto del MRITP.

¹¹⁰ Art. 86 Estatuto de la CPI; art. 29 del Estatuto del TPIY; art. 28 del Estatuto del TPIR; art. 28 del Estatuto del MRITP.

¹¹¹ Art. 84 de las Reglas de Procedimiento de la CPI; art. 98 del Reglamento del TPIY; art. 98 del Reglamento del TPIR; art. 120 del Reglamento del MRITP.

¹¹² Art. 68 del Reglamento del TPIY. Interesa señalar que en algunos casos el recurrente ha alegado el incumplimiento de este deber por la Fiscalía para justificar la imposibilidad de presentación del material probatorio; véanse TPIR, *Niyitegeka v. Prosecutor*, ICTR-96-14-R, 30 de junio de 2006, párrs. 49-75; TPIY, *Prosecutor v. Žigić*, IT-98-30/1-R.2, 25 de agosto de 2006, párr. 9; TPIR, *Rutaganda v. Prosecutor*, ICTR-96-03-R, 8 de diciembre de 2006, párrs. 35-38; MRITP, *Prosecutor v. Ferdinand Nahimana (Public)*, MICT-I3-37-R.1, 16 de noviembre de 2015, párrs. 11 y 14.

¹¹³ Véanse TPIY, *Prosecutor v. Duško Tadić*, IT-94-1-A, 15 de octubre de 1998, párrs. 38-40 y 60; TPIY, *Prosecutor v. Vidoje Blagojević and Dragan Jokić*, IT-02-60-A, 21 de julio de 2005, párr. 7; TPIR, *Niyitegeka v. Prosecutor*, ICTR-96-14-R, 30 de junio de 2006, párr. 6; TPIR, *Rutaganda v. Prosecutor*, ICTR-96-03-R, 8 de diciembre de 2006, párr. 19; MRITP, *Prosecutor v. Ferdinand Nahimana (Public)*, MICT-I3-37-R.1, 16 de noviembre de 2015, párr. 14.

¹¹⁴ Por ejemplo, en la jurisdicción de la CIJ arts. 49 y 50 del Estatuto de la CIJ; arts. 61.2, 62, 66 o 67.1 de su Reglamento de Procedimiento.

procesales¹¹⁵. Asimismo, Julien Cazala señala que «*Judges or arbitrators can refer to the good administration of justice as a frame to explain how they may balance opposing interests*»¹¹⁶. Y el Juez Cançado Trindade expresaba que: «*The idea of justice guides the sound administration of justice*»¹¹⁷ y, además, «*it is the general principles of law that inspire the interpretation and application of legal norms, and also the law-making process itself*»¹¹⁸.

El examen de las condiciones para solicitar la revisión de un fallo y para la admisión de prueba adicional en apelación ha generado una dualidad de enfoques entre los tribunales penales internacionales que puede resultar contradictoria. Por un lado, se observa una aplicación estricta de la norma procesal que consiste, primero, en la aplicación de la distinción entre hecho nuevo y prueba adicional, que ha resultado en la inadmisibilidad de la mayoría de las solicitudes de revisión; y, segundo, en la exigencia del cumplimiento acumulativo de las condiciones de admisibilidad. Por otro lado, se aprecia una flexibilización de esta disposición procesal consistente en el reconocimiento de que circunstancias excepcionales permitan no cumplir con todas las condiciones de admisibilidad.

Se han utilizado dos argumentos para justificar esta aplicación menos rigurosa o flexible de la norma procesal. Primero, el hecho de que esta condición de actuar con la debida diligencia no esté prevista en el Estatuto del Tribunal, sino en el Reglamento de Procedimiento y Prueba. Segundo, por razones de *justicia* o para evitar que se consolide una injusticia por medio de una sentencia dictada sin conocer todos los hechos relevantes.

En el marco del recurso de apelación en *Prosecutor v. Tadić* se observa una aplicación más *estricta* de la imposibilidad de aportar la prueba en el proceso de origen. En este caso, el apelante presentó 80 testigos nuevos y prueba documental que el TPIY clasificó en cuatro categorías: *a)* material inexistente durante el proceso de origen y, por tanto, imposible de obtener; *b)* material que existía, pero que desconocía la Defensa; *c)* material conocido, pero que el apelante no pudo presentar en el juicio, y *d)* material que conocía la Defensa, pero que decidió no aportar. El TPIY estableció una clara prioridad de la disponibilidad de la prueba durante el proceso de origen, frente a la necesidad de admitirlas en interés de la justicia:

«*To be admissible under Rule 115 the material must meet two requirements: first, it must be shown that the material was not available at the trial and, second, if it was not available at trial, it must be shown that its admission is required by the interests of justice.*

It is only to the extent that the Appeals Chamber is satisfied that the additional evidence in question was not available at trial that it will be necessary to

¹¹⁵ KOLB, R., *op. cit.*, párr. 22.

¹¹⁶ CAZALA, J., *op. cit.*, párr. 11.

¹¹⁷ *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, Joinder of Proceedings, Order of 17 April 2013, ICJ Reports 2013, p. 166, Separate Opinion of Judge Cançado Trindade, párr. 25.

¹¹⁸ *Ibid.*, párr. 27.

*consider whether the admission of the evidence is required by the interests of justice»*¹¹⁹.

Aunque advirtió que era necesario encontrar el equilibrio entre el principio de finalidad y la necesidad de evitar una injusticia, consideró que si se permitía la admisión de pruebas en apelación que se hubieran podido obtener en primera instancia, el principio de finalidad perdería su sentido¹²⁰.

Ahora bien, en los procedimientos de revisión examinados se ha invertido esta prioridad. En *Barayagwiza v. Prosecutor* el TPIR declaró que desconocía dos grupos de medios de prueba, pero la Fiscalía los *podía* haber conocido; mientras que un tercer medio de prueba era efectivamente *conocido* por la Fiscalía. A pesar de que la condición del desconocimiento del hecho no se cumplía, el TPIR declaró que:

*«In the wholly exceptional circumstances of this case, and in the face of a possible miscarriage of justice, the Chamber construes the condition laid down in Rule 120, that the fact be unknown to the moving party at the time of the proceedings before a Chamber, and not discoverable through the exercise of due diligence, as directory in nature. In adopting such a position, the Chamber has regard to the circumstance that the Statute itself does not speak to this issue»*¹²¹.

En efecto, a diferencia de las normas estatutarias de otros tribunales internacionales, como el Estatuto de la CIJ (art. 61), en la normativa de los tribunales *ad hoc* la debida diligencia se exige en los reglamentos de procedimiento y prueba, pero no en sus estatutos. Conforme a la interpretación del TPIR, esta diferencia en la regulación normativa tiene como consecuencia que la condición del desconocimiento del hecho y la debida diligencia sean meramente recomendatorias. Efectivamente, existe una diferencia jurídica fundamental entre el estatuto y el reglamento de un órgano jurisdiccional¹²², pues el órgano jurisdiccional ejerce una mayor discrecionalidad en cuanto a la adopción de las normas de procedimiento en su reglamento¹²³.

¹¹⁹ TPIY, *Prosecutor v. Tadić*, IT-94-1-A, 15 de octubre de 1998, párrs. 34-35.

¹²⁰ *Ibid.*, párr. 35: «Naturally, the principle of finality must be balanced against the need to avoid a miscarriage of justice; when there could be a miscarriage, the principle of finality will not operate to prevent the admission of additional evidence that was not available at trial, if that evidence would assist in the determination of guilt or innocence. It is obvious, however, that, if evidence is admitted on appeal even though it was available at trial, the principle of finality would lose much of the value which it has in any sensible system of administering justice. It is only to the extent that the Appeals Chamber is satisfied that the additional evidence in question was not available at trial that it will be necessary to consider whether the admission of the evidence is required by the interests of justice».

¹²¹ TPIR, *Barayagwiza v. Prosecutor*, ICTR-97-19-AR72, 31 de marzo de 2000, párr. 65.

¹²² TPIY, *Prosecutor v. Tadić*, IT-94-1-A, 15 de octubre de 1998, párr. 36: «Whilst the Rules can illustrate the meaning of the Statute under which they are made, they cannot vary the Statute. If there is a variance, it is the Statute which prevails».

¹²³ Art. 13 del Reglamento del MRITP: «The judges of the Mechanism shall adopt Rules of Procedure and Evidence for the conduct of the pre-trial phase of the proceedings, trials and appeals, the admission of evidence, the protection of victims and witnesses and other appropriate matters». Por el contrario, el art. 51.1 del Estatuto de la CPI exige que: «Las Reglas de Procedimiento y Prueba entrarán en vigor tras su aprobación por mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea de los Estados Partes».

No obstante, consideramos que esta aproximación particularista del TPIR en *Barayagwiza v. Prosecutor* resulta contraria a la propia función del mecanismo de revisión como procedimiento extraordinario y excepcional, así como a la interpretación general que han realizado otros tribunales internacionales que han establecido el carácter acumulativo de las condiciones de revisión y, por tanto, todas ellas preceptivas¹²⁴. De hecho, la jurisprudencia posterior en la jurisdicción internacional penal avala la exigencia del cumplimiento de todas las condiciones de admisibilidad de la revisión¹²⁵.

Sin embargo, el TPIR también señaló que las circunstancias excepcionales y la necesidad de evitar una injusticia justificaban prescindir de las condiciones del desconocimiento del hecho y la ausencia de negligencia. Para ello, el TPIR se apoyó en precedentes de tribunales nacionales en materia de revisión en los que se habían interpretado estas condiciones de manera más flexible, especialmente en la jurisdicción penal, si bien advirtiendo de que, efectivamente, estas sentencias no constituían autoridad alguna para el TPIR¹²⁶, el cual se regía por su propio Estatuto y normas de Derecho internacional consuetudinario, pero servían para reforzar el enfoque adoptado¹²⁷. En palabras del TPIR: «*To reject the facts presented by the Prosecutor, in the light of their impact on the Decision, would indeed be to close one's eyes to reality*»¹²⁸.

En una opinión separada el Juez Shahabudden subrayó que era necesario ponderar la finalidad de las sentencias y la necesidad de proteger la justicia de la decisión y así «*there has to be recognition of the possibility of there being a case in which, notwithstanding the absence of diligence, the material in ques-*

¹²⁴ *Application for Revision and Interpretation of the Judgment of 24 February 1982 in the Case concerning the Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya) (Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya), Judgment, ICJ Reports 1985, p. 207, párr. 29; Demande en révision de l'arrêt du 11 juillet 1996 en l'affaire relative à l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnia-Herzégovine c. Yougoslavie) exceptions préliminaires (Yougoslavie c. Bosnie Herzégovine), arrêt, CIJ Recueil 2003, p. 12, párr. 17; Demande en révision de l'arrêt du 11 septembre 1992 en l'affaire du Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime [El Salvador/Honduras; Nicaragua (intervenante)] (El Salvador c. Honduras), arrêt, CIJ Recueil 2003, p. 399, párr. 20 y p. 404, párr. 36.*

¹²⁵ TPIY, *Prosecutor v. Josipović*, IT-95-16-R2, 7 de marzo de 2003, párr. 21. En el mismo sentido, TPIR, *Niyitegeka v. Prosecutor*, ICTR-96-14-R, 30 de junio de 2006, párr. 7; TPIY, *Prosecutor v. Blaškić*, IT-95-14-R, 23 de noviembre de 2006, párr. 7; TPIR, *Prosecutor v. Simba*, ICTR-01-76-A, 9 de enero de 2007, párr. 8; TPIY, *Prosecutor v. Šljivančanin*, IT-95-13/1-R.1, 14 de julio de 2010, p. 2; MRITP, *Prosecutor v. Lukić*, MICT-13-52-R.1, 7 de julio de 2015, párr. 5; MRITP, *Prosecutor v. Lukić*, MICT-14-67-R.1, 8 de julio de 2015, párr. 5; MRITP, *Prosecutor v. Ferdinand Nahimana (Public)*, MICT-13-37-R.1, 16 de noviembre de 2015, párr. 6; MRITP, *Semanza v. Prosecutor*, MICT-13-36-R, 9 de abril de 2018, párr. 12.

¹²⁶ Como señaló el Juez Shahabudden: «*The temptation to use national decisions in this area may be rightly restrained by the usual warnings of the dangers involved in facile transposition of municipal law concepts to the plane of international law*». TPIR, *Barayagwiza v. Prosecutor*, ICTR-97-19-AR72, 31 de marzo de 2000, Opinión Separada del Juez Shahabudden, párr. 44.

¹²⁷ En todo caso, puede resultar de interés estudiar el uso que los tribunales penales internacionales hacen de la jurisprudencia de los tribunales nacionales o de la normativa interna (Derecho comparado) para interpretar sus propias normas, como se aprecia, en este caso, respecto a la cláusula de revisión. La doctrina se está ocupando de esta cuestión; véase PEAT, D., *Comparative Reasoning in International Courts and Tribunals*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, p. 292.

¹²⁸ TPIR, *Barayagwiza v. Prosecutor*, ICTR-97-19-AR72, 31 de marzo de 2000, párr. 69.

tion is so decisive in demonstrating mistake that the court in its discretion is obliged to admit it in the upper interests of justice»¹²⁹.

Este razonamiento implica el ejercicio por el órgano jurisdiccional de sus poderes inherentes para ponderar los intereses en presencia y valorar si un hecho o prueba nuevos merecen ser admitidos en aras de una buena administración de justicia, aunque ello conlleve no aplicar estrictamente la norma procesal y resulte manifiestamente incoherente con el carácter acumulativo de las condiciones de admisibilidad de la revisión¹³⁰. Esta manifestación del principio de buena administración de justicia se ha reconocido de manera general en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* y del MRITP¹³¹.

Esta aplicación flexible y particularista de la norma procesal ha cristalizado, finalmente, en el Reglamento de Procedimiento y Prueba del MRITP respecto a la presentación de prueba adicional en apelación que, como explicamos, comparte requisitos y exigencias con el hecho nuevo en revisión. Así, el art. 142.c) *in fine*, del Reglamento del MRITP, establece: «*Where the Appeals Chamber finds that the evidence was available at trial, it may still allow it to be admitted provided that the moving Party can establish that the exclusion of it would amount to a miscarriage of justice*».

La inclusión de esta excepción en el Reglamento pone fin a cualquier duda respecto a la base jurídica de la facultad del órgano judicial para interpretar de este modo más flexible la norma procesal. Ahora bien, esta cláusula sigue ofreciendo a los jueces un amplio margen de discrecionalidad en la interpretación de las condiciones para la admisión de prueba adicional en la apelación. Respecto a la cláusula de revisión, no se ha producido tal modificación, pero la jurisprudencia del MRITP ha reconocido esta aplicación flexible cuando se presenten circunstancias excepcionales que así lo justifiquen. Así, por ejemplo, aunque el MRITP comprobó que los telegramas presentados por el Sr. Nahimana como prueba de hechos nuevos podía haberlos presentado durante el procedimiento de origen si hubiera actuado diligentemente, exa-

¹²⁹ *Ibid.*, Opinión Separada del Juez Shahabudden, párrs. 49 y 50.

¹³⁰ El Juez Shahabuddeen apeló a un poder inherente del Tribunal para defender la aplicación de esta excepción de la norma procesal que deriva de la propia jurisdicción del Tribunal, pero puede generar susceptibilidades, TPIR, *Niyitegeka v. Prosecutor*, ICTR-96-14-R, 30 de junio de 2006, Declaración del Juez Shahabuddeen, párrs. 2 y 3.

¹³¹ TPIY, *Prosecutor v. Tadić*, IT-94-1-R, 30 de julio de 2002, párr. 27; TPIY, *Prosecutor v. Josipović*, IT-95-16-R2, 7 de marzo de 2003, párr. 13; TPIR, *Niyitegeka v. Prosecutor*, ICTR-96-14-R, 30 de junio de 2006, párr. 7; TPIY, *Prosecutor v. Radić*, IT-98-30/1-R.1, 31 de octubre de 2006, párr. 11; TPIY, *Prosecutor v. Blaškić*, IT-95-14-R, 23 de noviembre de 2006, párr. 8; TPIR, *Rutaganda v. Prosecutor*, ICTR-96-03-R, 8 de diciembre de 2006, párr. 8; TPIR, *Prosecutor v. Simba*, ICTR-01-76-A, 9 de enero de 2007, párr. 8; *Naletilić v. Prosecutor*, IT-98-34-R, 19 de marzo de 2009, párr. 10; TPIY, *Vidoje Blagojević v. Prosecutor*, IT-02-60-R, 15 de julio de 2008, párr. 4; TPIR, *François Karera v. Prosecutor*, ICTR-01-74-R, 26 de marzo de 2012, párr. 10; TPIY, *Prosecutor v. Šljivančanin*, IT-95-13/1-R.1, 14 de julio de 2010, pp. 3-4; TPIR, *Juvénal Kajelijeli v. Prosecutor*, ICTR-98-44A-R, 29 de mayo de 2013, párr. 7; MRITP, *Prosecutor v. Lukić*, MICT-13-52-R.1, 7 de julio de 2015, párr. 7; MRITP, *Prosecutor v. Lukić*, MICT-14-67-R.1, 8 de julio de 2015, párr. 7; MRITP, *Prosecutor v. Ferdinand Nahimana (Public)*, MICT-13-37-R.1, 16 de noviembre de 2015, párr. 8; MRITP, *Semanza v. Prosecutor*, MICT-13-36-R, 9 de abril de 2018, párr. 14.

minó, a continuación, si concurrían circunstancias excepcionales que pudieran acarrear una injusticia en caso de inadmitir tales pruebas¹³².

A nuestro juicio, la inclusión expresa de esta excepción en el Reglamento del MRITP refleja los intereses concretos que se pretenden proteger en la jurisdicción internacional penal. Los derechos del individuo a un juicio justo prevalecen sobre otros intereses como la seguridad jurídica que proporciona la cosa juzgada de las sentencias. Otras disposiciones en la normativa procesal apuntan también a la preservación de este objetivo. Es el caso de la posibilidad de apelar una sentencia dictada en revisión (art. 148 del Reglamento del MRITP), inviable en la jurisdicción de la CIJ y otros tribunales internacionales que no admiten la apelación, o el límite temporal de un año desde que se dicta el fallo para solicitar la revisión impuesto únicamente a la Fiscalía [art. 146.a) del Reglamento del MRITP], como ya expusimos.

Las peculiaridades que presenta un sector normativo muy especializado del DI público y la casuística a la que dan lugar los conceptos jurídicos indeterminados, por tanto, pueden justificar determinadas interpretaciones particularistas de la normativa procesal que pueden no coincidir con la interpretación de la misma norma desarrollada por otros tribunales internacionales, sin que ello implique considerar a aquel régimen normativo como un *self-contained regime*, al menos en cuanto a la cláusula de revisión se refiere. En el caso del DI penal, cierta flexibilización de la norma procesal en materia de recursos es necesaria en aras de una buena administración de justicia.

Como apuntó el Juez Cançado Trindade: «*The exercise of the international judicial function is not —cannot be— limited to a simple application of positive law in the cas d'espèce; there is a certain element of creativity inherent to it, and there are always “superior principles of justice” to be kept in mind*»¹³³. En resumen, así como la inaplicación de la norma procesal generaría inseguridad jurídica entre los justiciables, una aplicación excesivamente estricta de la misma podría consolidar una injusticia.

5. CONCLUSIONES

El principio de buena administración de justicia tiene dos vertientes o funciones: asegurar el buen desarrollo del procedimiento y velar por la justicia de la decisión. Para cumplir ambas funciones los órganos judiciales no solo aplican las normas estatutarias y reglamentarias de su jurisdicción, sino que están dotados de poderes inherentes que les permiten resolver situaciones que surgen en la práctica y que, o bien no están previstas en la normativa

¹³² MRITP, *Prosecutor v. Ferdinand Nahimana (Public)*, MICT-13-37-R.1, 16 de noviembre de 2015, párrs. 15-19.

¹³³ *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, *Joinder of Proceedings*, *Order of 17 April 2013*, *ICJ Reports 2013*, p. 166, *Separate Opinion of Judge Cançado Trindade*, párr. 16.

procesal o bien la norma no es suficientemente clara y precisa y requiere la interpretación judicial.

La cláusula de revisión y la posibilidad de aportar prueba adicional en apelación están destinados a garantizar la justicia de la decisión judicial, pues permiten corregir errores cometidos en el proceso. Sin embargo, la labor interpretativa de los jueces es necesaria para aclarar los conceptos jurídicos indeterminados presentes en ambas cláusulas, así como ponderar los intereses y valores en presencia, en particular, la seguridad jurídica que proporciona la cosa juzgada de los fallos, la celeridad y eficacia en el desarrollo del procedimiento que proporciona la economía procesal y la necesidad de garantizar la justicia de la decisión. Por tanto, el principio de buena administración de justicia no solo tiene un carácter funcional para colmar las lagunas normativas, sino que también guía la interpretación de la normativa procesal.

En primer lugar, la interpretación de los conceptos contenidos en la cláusula de revisión y aportación de prueba adicional en apelación realizada por los tribunales *ad hoc* y el MRITP contribuye al uso eficaz de estos mecanismos procesales, ya que proporciona claridad y precisión a estos conceptos y genera previsibilidad y seguridad jurídica para los litigantes. Además, esta labor interpretativa contribuye al desarrollo progresivo del DI procesal. En este sentido, la función de los órganos jurisdiccionales no se limita a zanjar la controversia entre las partes litigantes, sino que cumple una función que va más allá del proceso pendiente¹³⁴. A nuestro juicio, la economía procesal no debería prevalecer sobre este importante cometido. Las normas procesales de los diferentes tribunales internacionales existentes actualmente tienen un contenido muy similar, como se observa en la regulación de la revisión y de la apelación, en aquellas jurisdicciones en las que está previsto este último recurso. Este escenario propicia el diálogo judicial y la fertilización cruzada entre tribunales internacionales en materia procesal y, en consecuencia, fomenta la unidad del ordenamiento jurídico internacional en el plano procesal.

Las definiciones procesales que han ofrecido estos tribunales en la jurisdicción penal *ad hoc* son extrapolables a otras jurisdicciones internacionales especializadas e incluso a la jurisdicción general de la CIJ, a pesar de sus diferencias en cuanto a las competencias material y personal. En particular, la definición de «hecho nuevo» y su diferencia de la prueba adicional es un

¹³⁴ Algunos tribunales internacionales han afirmado que su función no es solo resolver la controversia entre las partes, sino salvaguardar y desarrollar las normas de sus instrumentos constitutivos; véase *Karner c. Austria*, núm. 40016/98, TEDH 2003, párr. 26: «*The Court has repeatedly stated that its "judgments in fact serve not only to decide those cases brought before the Court but, more generally, to elucidate, safeguard and develop the rules instituted by the Convention, thereby contributing to the observance by the States of the engagements undertaken by them as Contracting Parties" [...]. Although the primary purpose of the Convention system is to provide individual relief, its mission is also to determine issues on public-policy grounds in the common interest, thereby raising the general standards of protection of human rights and extending human rights jurisprudence throughout the community of Convention States*».

avance para la claridad y precisión de la cláusula de revisión prevista en la mayoría de las jurisdicciones internacionales y aplicada por otros tribunales internacionales arbitrales y judiciales, pero que, generalmente, no se han ocupado de aclarar su contenido con el debido detalle. También el criterio seguido para valorar la diligencia empleada por el solicitante en conocer y plantear el hecho o prueba nuevos puede ser útil y aplicable en otras jurisdicciones.

Hasta la fecha, la CPI no ha conocido de ninguna solicitud de revisión, pero nada impide que puedan plantearse en el futuro. Como la normativa procesal de la CPI prevé tanto la revisión como la apelación, esta dualidad podría generar confusión, especialmente porque en las diferentes versiones lingüísticas del Estatuto se utiliza indistintamente «*fait nouveau*», «*new evidence*» o «nuevas pruebas» en la cláusula de revisión, además de exigir una obligación de conducta por parte del solicitante de revisión, así como para la aportación de prueba adicional, siendo necesaria la labor interpretativa de los jueces para aclarar estas nociones, que podrán inspirarse en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*.

No obstante, interesa señalar que la distinción realizada entre «hecho nuevo» y «prueba adicional», aunque necesaria para no confundir los distintos mecanismos procesales (revisión y apelación), restringe las posibilidades de que una solicitud de revisión prospere, como demuestra el hecho de que la mayoría de las solicitudes de revisión hayan sido inadmitidas. La aplicación estricta de esta diferenciación por los tribunales *ad hoc* contrasta con la interpretación más laxa de la misma realizada por otros tribunales internacionales, como la CIJ, que apenas se ha ocupado de esta cuestión y que implícitamente indica que la distinción formal entre ambos conceptos no sería un obstáculo para la revisión, si se cumplieran las restantes condiciones que establece la norma procesal. No obstante, consideramos que esta distinción no es meramente formal en la jurisdicción penal, sino que responde al sistema de recursos previsto en las normas estatutarias y reglamentarias de estos tribunales. Por tanto, existe una *intención* de sus redactores de mantener una diferenciación entre ambos mecanismos procesales y evitar abusos y dilaciones en el proceso mediante un uso indebido de los mismos que conculcaría el derecho a un juicio justo y expedito.

Esta distinción entre hecho nuevo y prueba adicional, que han mantenido las Salas del actual MRITP, contrasta, en segundo lugar, con la aplicación e interpretación más flexible de la condición del desconocimiento no debido a negligencia exigido tanto en revisión como en la aportación de prueba adicional en apelación. A nuestro juicio, esta flexibilización responde a un poder inherente de los órganos judiciales desarrollado a la luz del principio de buena administración de justicia y permite garantizar la justicia de la decisión. Esta aproximación flexibilizadora y particularista ha cristalizado en el Reglamento del MRITP respecto a la prueba adicional y parece compensar la rigidez en la aplicación de la diferencia entre estos conceptos procesales, evitando que se produzca una injusticia material.

En nuestra opinión, esta flexibilización de la norma procesal se justifica por las características propias de la jurisdicción penal, esto es, su competencia material, la legitimación pasiva del individuo y la justicia y protección que merecen las víctimas. Así las cosas, entendemos que se dan todas las condiciones para que, en su momento, pueda trasladarse esta aproximación a la práctica de la CPI, que ya se ha apoyado en otros casos en la rica jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*. Por el contrario, la traslación de esta aproximación resultaría más controvertida en otras jurisdicciones en las que ambas partes procesales son Estados, como en la jurisdicción de la CIJ. Si la CIJ ejerciera un poder inherente que se separara significativamente de los términos de su Estatuto o Reglamento o interpretara una disposición procesal de manera muy flexible, posiblemente perdería legitimidad frente a los Estados, que podrían rehusar someter sus controversias ante el órgano jurisdiccional principal del sistema internacional.

En todo caso, consideramos que la normativa procesal promueve el diálogo judicial entre los tribunales internacionales y la fertilización cruzada entre sectores normativos por la similitud del contenido de estas normas y la necesidad, en muchos casos, de colmar lagunas normativas o precisar el contenido abstracto de estas disposiciones. No obstante, de la misma forma que sucede en el plano sustantivo, en el ámbito procesal es más plausible el diálogo judicial *intrasistémico* (entre tribunales internacionales ubicados en un mismo sector normativo) que el diálogo *intersistémico* (entre tribunales internacionales que operan en sectores normativos diferentes). Así, este diálogo puede ser más fructífero en el seno de la jurisdicción internacional penal debido a sus características particulares, entre ellas, el sistema de recursos previsto en su normativa, que no se da en otras jurisdicciones. Un diálogo entre el vigente MRITP y la CPI sin duda favorecería la coherencia y consistencia de la jurisprudencia en este sector normativo, generando credibilidad, confianza y seguridad jurídica para quienes recurren a la justicia internacional y podría servir de inspiración para otros tribunales internacionales, contribuyendo al desarrollo y consolidación de un cuerpo normativo procesal común en el ordenamiento internacional.

RESUMEN

LA BUENA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL PENAL: EXCEPCIONES A LA APLICACIÓN ESTRICTA DE LA NORMATIVA PROCESAL EN MATERIA DE RECURSOS

Los tribunales internacionales han recurrido al principio de buena administración de justicia para justificar determinadas decisiones que, o bien no encuentran una base jurídica expresa en la normativa estatutaria o reglamentaria aplicable, o bien suponen una flexibilización en su aplicación, lo que se traduce en el ejercicio de unos poderes que se consideran inherentes a la función judicial. Este principio, cuyo contenido es impreciso, tiene dos funciones principales: velar por el buen desarrollo del procedimiento y garantizar la justicia de la decisión. En este trabajo estudiamos algunas manifestaciones de este principio a la hora de aplicar e interpretar la cláusula de revisión y la aportación de prueba adi-

cional en apelación a través de la práctica de los tribunales penales internacionales *ad hoc*, en particular, en el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda y el actual Mecanismo Residual Internacional de los Tribunales Penales. Una práctica que puede ser muy útil en la litigación internacional, no solo ante la Corte Penal Internacional, sino también ante otros tribunales internacionales.

Palabras clave: buena administración de justicia, poderes inherentes, hecho nuevo, prueba adicional, revisión, apelación, tribunales penales *ad hoc*, Mecanismo Residual Internacional de los Tribunales Penales, Corte Penal Internacional.

ABSTRACT

THE GOOD ADMINISTRATION OF JUSTICE IN THE INTERNATIONAL CRIMINAL JURISDICTION: EXCEPTIONS TO THE STRICT APPLICATION OF PROCEDURAL RULES ON POST-ADJUDICATION REMEDIES

International courts and tribunals refer to the principle of good administration of justice to justify certain decisions that do not find a legal basis expressly provided neither in their statutes nor in their rules of procedure or when they interpret the procedural rules in a flexible manner. In those cases, they exercise inherent powers necessary to ensure the fulfilment of their judicial function. This principle, whose content is imprecise, has two main purposes: to safeguard the proper administration of proceedings and to guarantee the justice of the decision. In this paper we study several manifestations of this principle in the application and interpretation of the procedural provisions of revision and additional evidence in appeal. We focus on the judicial practice of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, the International Criminal Tribunal for Rwanda, and the International Residual Mechanism for Criminal Tribunals. These precedents can be extremely useful when litigating in the International Criminal Court as well as in other international courts.

Keywords: good administration of justice, inherent powers, new fact, additional evidence, revision, appeal, international criminal *ad hoc* tribunals, International Residual Mechanism for Criminal Tribunals, International Criminal Court.

EL REGLAMENTO (UE) 2019/1111 RELATIVO A LA COMPETENCIA, EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES EN MATERIA MATRIMONIAL Y DE RESPONSABILIDAD PARENTAL Y SOBRE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES (VERSIÓN REFUNDIDA): PRINCIPALES NOVEDADES

Mónica HERRANZ BALLESTEROS*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. ÁMBITO MATERIAL.—3. LAS NORMAS DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—3.1. Normas de competencia judicial internacional relativas al divorcio, separación legal y nulidad.—3.2. Normas de competencia judicial internacional relativas a la responsabilidad parental.—3.2.1. La residencia habitual como criterio que responde al interés del menor.—3.2.2. Traslado legal de residencia y competencia en el caso de derecho de visita.—3.2.3. Autoridades competentes en caso de traslado o retención de un menor.—3.2.4. Foro de la autonomía de la voluntad.—a) Régimen jurídico del acuerdo.—b) Parte del proceso.—c) Carácter y cese de la competencia del tribunal elegido por las partes.—3.2.5. Remisión y transferencia de la competencia.—3.2.6. Competencia residual.—3.2.7. Medidas provisionales, tutela cautelar y cuestiones incidentales.—3.3. Disposiciones comunes.—3.3.1. Problemas de aplicación de las normas de competencia judicial internacional.—3.3.2. El derecho del menor a ser oído.—4. SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.—4.1. Modificaciones en relación con el proceso de restitución y sobre las resoluciones de retorno o de permanencia.—4.2. Modificaciones en el denominado mecanismo de la «última palabra» y en la ejecución de la decisión adoptada sobre el fondo.—5. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE DECISIONES.—5.1. Reconocimiento de resoluciones.—5.2. Fuerza ejecutiva de las resoluciones.—5.2.1. Régimen para las resoluciones «ordinarias».—5.2.2. Régimen para las resoluciones «privilegiadas».—5.2.3. Disposiciones comunes sobre ejecución.—6. COOPERACIÓN ENTRE AUTORIDADES.—7. CONCLUSIONES.

* Profesora Titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) (mherranz@der.uned.es). El presente trabajo se adscribe al Proyecto PID2020-114611RB-I00, «PROTECCIÓN DEL MENOR EN LAS CRISIS FAMILIARES INTERNACIONALES. (ANÁLISIS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL Y DE LA UNIÓN EUROPEA)» concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

1. INTRODUCCIÓN

Una primera lectura por parte de cualquier operador jurídico del nuevo Reglamento (UE) 2019/1111¹ (en adelante Reglamento 2019/1111) probablemente le suscite una importante preocupación dado que se trata de un texto que cuenta con 105 artículos, 98 considerandos y en el que se han incorporado 10 anexos, nueve de ellos correspondientes a distintos certificados que han de emitirse en situaciones diversas. Por tanto, es un instrumento de gran extensión y de una lectura nada sencilla.

Lo anterior podría llevar a pensar que el Reglamento 2019/1111 supone una revolución frente al Reglamento (CE) 2201/2003² (en adelante RBII bis); sin embargo, esta conclusión, ya lo adelantamos, no es del todo acertada. Así, aunque hay innovaciones de calado³, muchas de las modificaciones se han centrado en una regulación excesivamente minuciosa tratando de llegar, en algún caso, al detalle, lo que solo la práctica demostrará su eficacia.

En este trabajo pretendemos hacer un examen general del Reglamento 2019/1111. Se trata de dar a conocer las novedades y la situación en la que queda uno de los textos más importantes de la cooperación judicial civil que existen en el espacio judicial europeo sobre el derecho de familia internacional.

2. ÁMBITO MATERIAL

En relación al ámbito material el Reglamento 2019/1111 no incorpora grandes modificaciones al compararlo con su predecesor. Así lo demuestra la enumeración de las materias a las que se aplica contenidas en su art. 1. Ahora

¹ Reglamento 2019/1111, del Consejo, de 23 de junio, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida), DO L 178, de 7 de febrero de 2019.

² Reglamento (CE) núm. 2201/2003, de 27 de noviembre, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000, DO L 338, de 23 de diciembre de 2003.

³ Pueden consultarse los siguientes trabajos más generales, BIAGIONI, G., «Il nuovo regolamento (UE) 2019/1111 relativo alla competenza, al ricognoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale», *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. 102, 2019, núm. 4, pp. 1169-1178; CARPANETO, L., «Impact of the best interest of the child on the Brussels II Ter Regulation», *Fundamental Rights and Best interest of the child in transnational families*, 2020, pp. 265-286; CORNELOUP, S. y KRUGER, T., «Le Règlement 2019/1111, Bruxelles II: la protection des enfants gagne du terrain», *Rev. Crit. DIP*, 2020, núm. 2, pp. 215-245; FORCADA MIRANDA, F. J., *Comentarios prácticos al Reglamento 2019/1111. Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Madrid, Editorial Jurídica Sepín, 2020; JURIK, B., «Règlement Bruxelles II ter: le changement, ce n'est pas pour maintenant», *Journal d'actualité des droits européens*, núm. 20, 2019; MUSSEVA, B., «The recast of the Brussels IIa Regulation: the sweet sour fruits of unanimity», *ERA Forum*, 2020, núm. 21, pp. 129-142; RODRÍGUEZ PINEAU, E., «El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111 en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores», *La Ley Derecho de Familia*, núm. 26, 2020; NOURISSAT, C., «Retour sur le règlement (UE) 2019/1111 du 25 juin 2019 dit règlement "Bruxelles II bis refondu" ou règlement "Bruxelles II ter"», *Procédures*, núm. 1, 2020 (alerte 1).

bien, es cierto que se ha proyectado algún matiz o diferencia, para cuyo análisis hay que recurrir unas veces a las definiciones que aporta el texto (art. 2) y otras a los considerandos.

Así sucede con medidas como el acogimiento internacional de menores. El art. 1.1.d) los circunscribe a: *aquellos acogimientos que tendrán lugar en un establecimiento o en un hogar de acogida*. Dos observaciones al respecto que ayudan a determinar de forma correcta qué tipo de acogimientos se incluyen en el Reglamento 2019/1111: *primera*, aunque el precepto no se refiera, por ejemplo, a los acogimientos en familia extensa, estos se encuentran dentro del ámbito material del texto⁴. Ahora bien, el Reglamento, con acierto, para los casos de acogimiento con distintas categorías de parientes cercanos, además de con uno de los progenitores, permite que los EM determinen si es o no obligatoria la aprobación previa por parte de la autoridad competente del EM de recepción prevista en el art. 82.1 (art. 82.2)⁵. *Segunda*: el Reglamento 2019/1111 responde a las dudas que existían en la práctica en torno a si en el ámbito de aplicación material del instrumento se encontraban incluidos los denominados «acogimientos educativos» —figura muy utilizada por las autoridades alemanas en el contexto de los acogimientos transfronterizos—. Pues bien, estos acogimientos están dentro del ámbito material del texto (cdo. 11) y tendrán que seguir el cauce obligatorio del art. 82⁶.

Otro aspecto relativo al ámbito de aplicación y aclarado en los considerandos gira en torno a la noción de «materia civil». Así, el considerando 4 indica la proyección de la regulación del texto a aquellas medidas, que incluso considerándose por el Derecho nacional como medidas de Derecho público abarquen demandas, medidas o resoluciones en materia de responsabilidad parental en el sentido del Reglamento, de conformidad con sus objetivos⁷.

El Reglamento 2019/1111 se refiere como parte de su ámbito material a los supuestos de traslado o retención ilícita de menores remitiendo a la aplicación de los Capítulos III y IV (art. 1.3). Respecto de este último capítulo

⁴ Están expresamente excluidos los acogimientos con vistas a la adopción. Del considerando 11 parece que estarían excluidos los acogimientos a realizar por un progenitor o por un pariente cercano; sin embargo, el art. 82 lo que hace es diferenciar, a efectos de la tramitación, los distintos tipos de acogimiento, pero no excluye del ámbito de aplicación del texto los citados acogimientos.

⁵ Sobre la necesaria distinción en función del tipo de acogimiento y que el art. 56 RBII bis no realizaba, véanse las reflexiones del Informe presentado al Parlamento Europeo, «Cross-border placement of children in the European Union- the judicial application of the EU family law», [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556945/IPOL_STU\(2016\)556945_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556945/IPOL_STU(2016)556945_EN.pdf).

⁶ Sobre este tipo de acogimientos véase HERRANZ BALLESTEROS, M., «Cross-border placement of children: the current situation in Spain», *Yearbook of Private International Law*, vol. 17, 2015-2016, pp. 449-461. En el marco español es importante señalar la modificación de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia, BOE núm. 134, de 5 de junio del 2021. Se incluyen los arts. 22 ter a 20 quinquies a fin de regular las condiciones y procedimientos relativos a las solicitudes de acogimiento transfronterizo de menores procedentes de un Estado miembro de la UE

⁷ Incluyendo en este aspecto algunos de los pronunciamientos del TJUE, asunto C/435-06, ECLI:EU:C:2007:714; asunto C/523-07, ECLI:EU:C:2009:225; asunto C/92-12 (PPU), ECLI:EU:C:2012:255; asunto C-428/15, ECLI:EU:C:2016:819.

proyecta su aplicación a las *resoluciones* relativas a la devolución del menor a otro EM⁸, aclarando en las definiciones que en el término resolución se incluyen también las medidas provisionales, incluidas las cautelares, ordenadas: tanto por un órgano jurisdiccional competente para resolver sobre el fondo del asunto (es decir, aquel que decide en torno al derecho de custodia sobre el menor); como las medidas adoptadas por el órgano jurisdiccional del Estado al que el menor fue trasladado o retenido de forma ilícita con el fin de ordenar su restitución, pero protegiendo al menor de un riesgo grave o situación intolerable conforme se recoge en el art. 13.1.b) del *Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* (en adelante CLH de 1980).

Se mantiene la definición tanto del término *derecho de custodia* como *derecho de visita* (art. 2.2.9 y 10); ahora bien, resulta de interés la aclaración que se hace al respecto en el considerando 18. Así, el texto refundido reconoce la diversidad existente entre los distintos ordenamientos jurídicos dado que, en algunos casos, quien ostenta el derecho de visita tiene reservadas igualmente importantes responsabilidades en cuanto a decisiones que afectan al menor y que van más allá del derecho de visita. En efecto, como es bien sabido, por ejemplo, en el Derecho español la patria potestad es compartida⁹, y quien no ostenta el derecho de custodia tiene junto con su titular el derecho a decidir, entre otros aspectos, el lugar de residencia del menor¹⁰. Esta última aclaración es de gran importancia por la incidencia que tiene en la calificación del traslado de un menor de un Estado a otro como lícito o ilícito.

En torno a los *documentos públicos y acuerdos* (art. 2.2 y 2.3), si bien es cierto que la definición de documento público se mantiene respecto de la ya recogida en el RBII bis, es de mayor interés la que se refiere a los acuerdos incluidos en el ámbito del Reglamento 2019/1111. El texto delimita los rasgos de tales acuerdos: un documento que no es un documento público —ni una resolución añadiríamos—, firmado por ambas partes, es decir, resultado de su voluntad sobre materias contenidas en el ámbito de aplicación del texto, y registrado por una autoridad pública que cada EM comunicará a la Comisión para este fin. El considerando 14 excluye de la circulación a los acuerdos

⁸ Véase el considerando 16 relativo al reconocimiento de decisiones de restitución incluidos los casos en los que se han producido dobles sustracciones.

⁹ Véase el art. 154 CC (en particular la facultad de decidir el lugar de residencia habitual). Precepto modificado por *Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia*. Como establece el Preámbulo de la Ley: «Se aclaran las posibles dudas interpretativas con los conceptos autónomos de la normativa internacional».

¹⁰ Sobre este aspecto véanse las siguientes decisiones: STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) de 26 de octubre de 2012, ECLI:ES:TS:2012:6811; STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 20 de octubre de 2014; STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) de 18 de enero de 2017. Véanse RODRÍGUEZ PINEAU, É., «Revisión de la atribución de la custodia y la reubicación internacional del menor en interés superior del menor: Comentario a la STS de 18 de enero 2017 (RJ 2017, 343)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, enero-abril de 2018, pp. 9-21; HERRANZ BALLESTEROS, M., «Capítulo XXIV. Traslado del domicilio del menor a otro país», *El Tribunal Supremo y el Derecho internacional privado. Colección «Derecho y Letras»*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2019, núm. 2, pp. 567-586.

privados¹¹. La concreta regulación que hace el Reglamento 2019/1111, en los arts. 64 a 68, supone sin duda una importante apertura hacia el reconocimiento de los acuerdos extrajudiciales en materia de derecho de familia¹², siendo esta una de las grandes innovaciones del texto refundido. En relación a los divorcios autorizados por autoridad notarial el Reglamento 2019/1111 no deja lugar a duda en torno a su incorporación en el ámbito del texto conforme a lo establecido en su considerando 14¹³.

3. LAS NORMAS DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

Recogidas en el Capítulo II del Reglamento 2019/1111 la Sección 1.^a, se dedica a las normas de competencia en materia de divorcio, separación y nulidad matrimonial, mientras que la Sección 2.^a incluye las normas de competencia judicial en materia de responsabilidad parental. La Sección 3.^a regula disposiciones comunes.

3.1. Normas de competencia judicial internacional relativas al divorcio, separación legal y nulidad

Incluidas en los arts. 3 a 6 no suponen ningún cambio reseñable respecto de la regulación que hacía el RBII bis¹⁴. En relación a los foros de competencia se excluye la referencia al criterio «domicile», manteniendo los foros alternativos que se abren para las acciones de divorcio, separación legal y nulidad cuando existe una vinculación razonable de los órganos jurisdiccionales del EM con el objeto del litigio (art. 3) y permitiendo la aplicación de las normas de fuente interna del EM cuando dicha vinculación no existe (art. 6).

En relación a los denominados privilegios de los demandados que sean nacionales o domiciliados en un EM se mantienen, en tanto solo pueden serlo

¹¹ Conforme a interpretación que hizo el TJUE sobre la exclusión de los divorcios privados en aplicación del *Reglamento (UE) 1259/2010, del Consejo, de 20 de diciembre, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial*, asunto C/372-16, ECLI:EU:C:2017:988.

¹² Sobre los mismo véase HONORATI, C., «L'efficacia cross-border degli accordi stragiudiziali in materia familiare tra il Regolamento Bruxelles II-bis e Bruxelles II ter», *Rivista trimestrale on line sullo spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, 2020, núm. 2, pp. 22-50.

¹³ Al respecto véase GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «El divorcio notarial: cuestiones de Derecho internacional privado», *El Derecho Internacional Privado entre la tradición y la innovación, Libro Homenaje al profesor J. M. Espinar Vicente*, Madrid, Iprolex, 2020, pp. 347-363.

¹⁴ Conforme al art. 101 del Reglamento 2019/1111 hasta agosto de 2032 la Comisión no tendrá que presentar un informe de evaluación del texto. Informe que irá acompañado en su caso de una propuesta legislativa; por tanto, los cambios tendrán que esperar. En la Propuesta presentada en el año 2016 se planteaban importantes cambios que sin embargo no han prosperado, sobre los mismos, entre otros, CAMPUZANO DÍAZ, B., «La propuesta de reforma del Reglamento 2201/2003: ¿se introducen mejoras en la regulación de la competencia judicial internacional?», en GUZMÁN ZAPATER, M. y ESPLUGUES MOTA, C. (dirs.), *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 92-102.

conforme a las reglas del Reglamento (art. 6.2); y, junto a lo anterior, el nacional de un EM, interviniendo en el proceso como demandante, podrá utilizar las normas de competencia internas de cualquier otro EM donde resida frente a un demandado que sea nacional de un tercer Estado y cuya residencia no se encuentre en otro EM (art. 6.3).

Se mantiene la laguna en supuestos de petición de divorcio ante las autoridades de un EM entre dos nacionales de distintos EM con residencia en un tercer Estado. Para estos casos solo queda la opción de acudir a la jurisdicción del tercer Estado¹⁵.

3.2. Normas de competencia judicial internacional relativas a la responsabilidad parental

Abarcan los arts. 7 al 16. La competencia principal sigue residiendo en las autoridades de la residencia habitual del menor (art. 7). El interés del menor responde al criterio de la proximidad y estas autoridades son, salvo las excepciones que detalla el propio Reglamento, las mejor situadas.

3.2.1. *La residencia habitual como criterio que responde al interés del menor*

El nuevo precepto retoma la idea de su antecedente y no recoge el cambio inmediato de competencia en favor de las autoridades de un segundo Estado cuando haya un traslado lícito de la residencia del menor (art. 7)¹⁶. Los considerandos 20 y, en particular, el 21 aclaran la situación. El 20 recoge el traslado de la competencia a las nuevas autoridades de la residencia del menor cuando no haya un procedimiento en curso ante las primeras autoridades. Cuando sí esté abierto un proceso las primeras autoridades conservan su competencia si bien podrán transferirla en determinadas circunstancias [art. 12.4.a)]. En consecuencia, no hay una alineación de las soluciones del Reglamento 2019/1111 con el *Convenio relativo a la competencia, la ley aplica-*

¹⁵ En el caso español debido a la redacción del art. 22 quáter c) de la *Ley Orgánica del Poder Judicial 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985 de 5 de julio, del Poder Judicial*, BOE núm. 174, de 22 de julio de 2015, esta laguna persiste incluso en los supuestos que el demandante sea nacional español y el demandado nacional de un tercer Estado.

¹⁶ El texto final de este precepto ha cambiado respecto de la iniciativa presentada por la Comisión en el 2016. En efecto, el texto contenía el cambio de autoridades competentes si había un traslado lícito de la residencia del menor a otro Estado. *Propuesta de Reglamento del Consejo 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* (refundición), Bruselas, 30 de junio de 2016, COM (2016) 411 final. Sobre el concepto de residencia habitual son muchos los trabajos publicados; véase con las referencias allí citadas, PÉREZ MARTÍN, L. A., «Determinación y trascendencia de la residencia habitual en las crisis familiares internacionales», en GUZMÁN ZAPATER, M. y HERRANZ BALLESTEROS, M. (dirs.), *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos: derecho español y de la Unión Europea: estudio normativo y jurisprudencial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 927-964.

ble, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996 (en adelante CLH de 1996)¹⁷, idea que tenía su germen en evitar los problemas que de orden teórico y práctico se estaban planteando en los supuestos en los que debido al cambio lícito de residencia habitual del menor este se trasladaba de un EM a un Estado no miembro, pero parte del CLH de 1996¹⁸.

3.2.2. Traslado legal de residencia y competencia en el caso de derecho de visita

Ante un cambio legal de residencia habitual del menor no será infrecuente la necesidad de adaptar las previsiones que se hubieran tomado relativas al derecho de visita¹⁹. El art. 8 del Reglamento 2019/1111 se ocupa de este aspecto. Su redacción no cambia en comparación con su antecedente. Así, el precepto ante un cambio legal de residencia habitual del menor establece la conservación de la competencia de las autoridades de la antigua residencia habitual para modificar una decisión relativa al derecho de visita cuando se cumplan las condiciones que el mismo establece.

3.2.3. Autoridades competentes en caso de traslado o retención de un menor

La regla relativa a la competencia judicial internacional en los supuestos de traslado o retención ilícita de un menor se encuentra en el art. 9²⁰.

La primera referencia que hace el nuevo precepto es a la autonomía de la voluntad, de forma que en caso de que las partes hayan recurrido a la elección de foro (en el marco del art. 10) esta competencia prevalece; es decir, ante la sustracción de un menor a otro EM las partes pueden acordar la competencia de las autoridades del segundo EM para resolver sobre el fondo del asunto.

¹⁷ BOE núm. 291, de 2 de diciembre de 2010.

¹⁸ Véase las interesantes reflexiones que se hacen al respecto en el *Study on assessment of Regulation (EC) N. 2201/2003 and the policy option for its amendment*, Final Report, pp. 28-30.

¹⁹ Circunstancia por ejemplo habitual en los supuestos de reubicación de menores de un Estado a otro; véase BORRÁS, A., «Article 9», en MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P. (eds.), *Brussels IIbis Regulation*, Munich, Sellier, 2012, pp. 116-119, esp. p. 117.

²⁰ Han surgido dudas relativas al ámbito espacial de aplicación del citado artículo. Así, en principio, el precepto se refiere a su aplicación entre EM —de origen y de destino—, pero ¿es posible su aplicación cuando el menor es trasladado o retenido en un tercer Estado? El TJUE ha resuelto la inaplicación del art. 10 (ahora art. 9) del Reglamento cuando ha habido una sustracción de un menor a un tercer Estado y entre tanto se ha presentado ante la autoridad de un EM una demanda relativa a la responsabilidad parental. En este caso no puede establecerse una competencia indefinida en favor de la autoridad del EM, sino que la misma ha de determinarse conforme a normas convencionales o a la aplicación de la norma de competencia residual, asunto C-603/20 PPU, ECLI:EU:C:2021:126. Véase el comentario de ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Desplazamiento ilícito de menores de un Estado miembro a un tercer Estado y el Reglamento 2201/2003», *La Ley Unión Europea*, 2021, núm. 92, pp. 1-11.

El Reglamento 2019/1111 fomenta las soluciones pacíficas de las controversias; en este sentido, cuando las partes consiguen alcanzar un acuerdo, por ejemplo, a través de un proceso de mediación, la elección de foro que regula el art. 10 permitiría que el tribunal del EM al que el menor ha sido llevado, y que se convierte por autonomía de la voluntad en el elegido por las partes, pueda en su caso homologar el acuerdo de mediación finalizado.

Es muy probable que en el acuerdo se fijen otros aspectos además de los relativos a la restitución o de no restitución del menor —entre otros, por ejemplo, el derecho de custodia, régimen de visita,...—²¹.

Situados en el contexto de cambio de la competencia hacia las autoridades del segundo EM, aun tratándose, en principio, de un traslado o retención ilícita del menor el Reglamento 2019/1111 se ocupa de dos situaciones.

En primer lugar, se mantiene el supuesto en el que existe consentimiento del otro progenitor en torno al traslado o la retención del menor al segundo EM, elemento que caracteriza al traslado del menor como lícito y no como ilícito [art. 9.a)].

En segundo lugar, no habiendo consentimiento al traslado o a la retención del menor en el Estado al que fue trasladado, el cambio de competencia es posible si: el menor ha residido en ese segundo Estado un mínimo de un año, está integrado en su nuevo entorno y se cumple alguna de las condiciones previstas en los distintos supuestos que el precepto contempla. La novedad que presenta el Reglamento 2019/1111 se centra en los dos supuestos recogidos en las letras iii) y iv) del art. 9.b) y en ellas fijamos la atención²².

La primera novedad es el supuesto incluido en la letra iii). Así, cuando la autoridad del EM donde el menor fue trasladado o retenido hubiera dictado una decisión de no restitución basada en las excepciones del art. 13.1.a), del art. 12 o del art. 20 del CLH de 1980, y esta decisión ya no fuera susceptible de recurso, la competencia para conocer sobre el fondo del asunto cambia a las autoridades de este segundo EM [hay que recordar las condiciones de la letra b) residencia mínima durante un año más integración del menor].

La segunda novedad está incorporada en letra iv). Conforme a esta previsión el traslado de la competencia a las autoridades del Estado donde el menor fue trasladado o ha sido retenido se produce cuando: dictada una decisión de no restitución con base en los arts. 13.1.b) o 13.2 del CLH de 1980 no se haya acudido —se entiende que por el progenitor a quien se le deniega la restitución del menor— a las autoridades de la residencia habitual del menor anterior al traslado o la retención con el fin de interponer una demanda sobre el fondo del asunto (posibilidad contemplada en el procedimiento regulado en el art. 29.3 y 5 del Reglamento 2019/1111).

²¹ Sobre las dificultades que se plantean a la hora de homologar estos acuerdos en el Derecho español véase, *infra*, apdo. 4.1.

²² Las letras i), ii) y v) recogen los mismos supuestos establecidos en el art. 10.b), apdos. i), ii) y v) del RBII bis, motivo por el que no son objeto de comentario.

En las dos situaciones descritas la competencia para resolver sobre el fondo del asunto se traslada hacia las autoridades del EM donde el menor ha sido desplazado o donde ha sido retenido, lo que en definitiva conlleva, en relación al mecanismo de «prevalencia» o de «última palabra», que: o bien no resulta posible utilizarlo dado que la excepción sobre la que se basa la denegación del retorno no está incluida en el ámbito de aplicación del art. 29²³; o, aunque esté permitido abrir dicho procedimiento ante las autoridades de la residencia del menor anterior al traslado, quien pudiera haberlo decidido no utilizarlo [caso contemplado en el art. 9.b) (iv)].

3.2.4. *Foro de la autonomía de la voluntad*

La incorporación de la autonomía de la voluntad en el ámbito de la responsabilidad parental ha sufrido ciertas modificaciones (art. 10). Nos parece necesario analizar las novedades sin perder de vista los fines que la norma persigue y que aparecen expresamente recogidos en el considerando 23²⁴.

En relación al ámbito de aplicación espacial de la norma, el art. 10 del Reglamento 2019/1111 no incluye ninguna referencia a una conexión territorial o vinculación comunitaria del menor con un EM para que el precepto sea aplicable (referencias que sí aparecen en otros artículos)²⁵. Por tanto, el referido precepto será aplicable cuando las partes opten por la competencia de las autoridades de un EM, con independencia de que el menor tenga residencia en otro EM o en un tercer Estado²⁶ (hay que tener en cuenta la relación del Reglamento 2019/1111 con el CLH de 1996, y cómo la residencia del menor en un EM parte del CLH de 1996 conlleva la aplicación de este último)²⁷.

Entre las novedades que creemos más importantes de este precepto destacan: 1.º) Redacción de una norma única para todos los supuestos en los que se utiliza la autonomía de la voluntad y la obligatoriedad de que haya

²³ Sobre el mismo véase, *infra* epígrafe 4.2.

²⁴ Por ejemplo, la conexidad procesal en supuestos de divorcio, separación o nulidad, o la presencia de la autonomía de la voluntad, son fines recogidos en el considerando 23 del Reglamento 2019/1111, si bien «ello debe ser posible en las condiciones especificadas en el presente Reglamento». Sobre este precepto véase CAMPUZANO DÍAZ, B., «Acuerdos de elección de foro en materia de responsabilidad parental: un análisis del artículo 10 del reglamento 2019/1111», *REEI*, 2020, núm. 40, pp. 1-35. Véase SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A., «Acción de responsabilidad parental vinculada a un proceso de divorcio en el nuevo Reglamento 2019/1111», *REDI*, vol. 72, 2020, núm. 2, pp. 143-162.

²⁵ Véase al respecto la STJUE en el asunto C-393/18 PPU ECLI:EU:C:2018:835. El TJUE cita los arts. 9, 10 y 15 RBII bis como lo únicos que requieren un potencial conflicto entre EM para que citado Reglamento sea aplicable (párr. 33).

²⁶ Véase RAUSCHER, T., «Parental Responsibility Cases under the new Council Regulation Brussels II A», *The European Legal Forum*, 2005, núm. 1, pp. 37-46 (40).

²⁷ Sobre su aplicación en la práctica, véase DURÁN AYAGO, A., «¿Pueden los tribunales españoles pronunciarse sobre los derechos de custodia del menor residente en Ecuador?: comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 468/20, de 23 de julio de 2020», *CDT*, vol. 13, 2021, núm. 1, pp. 825-831; HERRANZ BALLESTEROS, M., «Competencia judicial internacional de las autoridades españolas sobre menores residentes en terceros Estados», *El Derecho internacional privado entre la tradición y la innovación*, Madrid, Iprolex, 2020, pp. 401-410, esp. pp. 407-410.

una vinculación estrecha del menor con las autoridades a las que se pretende conferir la competencia. 2.º) Desaparece por completo la referencia a la vinculación a un posible proceso de divorcio, separación o nulidad, y, en consecuencia, no hay distinción entre las distintas situaciones. 3.º) Además, se articula, entre otros aspectos, el régimen jurídico del acuerdo de sumisión.

Desde una perspectiva práctica, ¿la modificación del precepto va a suponer algún cambio? Para responder a esta pregunta hay que conocer los supuestos a los que hasta el momento se han aplicado las previsiones del art. 12 del RBII bis.

A modo de ejemplo en España han conocido las autoridades españolas sin ser las del territorio de la residencia habitual del menor en distintos contextos: *primero*, disolución del matrimonio de nacionales extranjeros con residencia en España y cuyos hijos menores tienen residencia habitual en otro EM o en un tercer Estado²⁸; *segundo*, disolución del matrimonio de nacionales españoles con residencia habitual en el extranjero junto con sus hijos que interponen, ante las autoridades españolas, demanda de disolución de su matrimonio; *tercero*, residentes extranjeros en España que, al margen de un proceso de disolución del vínculo, simplemente porque no lo hay, instan a las autoridades españolas a decidir en torno a la responsabilidad parental sobre menores residentes en otros EM o en terceros Estados²⁹.

La práctica de la norma en el contexto de disolución matrimonial ha sorteado la dispersión del pleito en los supuestos señalados tanto en primer como en segundo lugar (art. 12.1 del RBII bis). En el caso de los supuestos recogidos en tercer lugar, se ha aplicado el art. 12.3 del RBII bis para atraer el asunto a la competencia de las autoridades de un EM (este precepto ha sido reproducido de forma casi idéntica en el actual art. 10).

En el Reglamento 2019/1111 a través de la elección del foro se otorga competencia a los tribunales de un EM distinto del lugar de residencia habitual del menor en materia de responsabilidad parental cuando se cumplen las siguientes condiciones: *Primero*, que exista una *vinculación estrecha* entre el menor y ese Estado [art. 10.1.a)]. Vinculación que se produce *en especial*: i) cuando la residencia habitual de uno de los titulares de la responsabilidad parental está en el territorio de ese Estado; ii) el menor o bien ha tenido su antigua residencia habitual en dicho EM, o iii) es nacional de dicho EM. *Segundo*, además es necesario: acuerdo de las partes en la elección del tribunal [art. 10.1.b)]. *Tercero*: el ejercicio de la competencia ha de responder al *interés del menor*. Conforme al precepto las tres condiciones son de obligado cumplimiento y aplicación cumulativa; por tanto, el tribunal elegido por las partes tendrá que verificarlas.

²⁸ Por ejemplo, es el caso resuelto por AP de Barcelona (Sección 12.ª) de 8 de enero de 2015, con menores residentes en China, JUR 2015/76317 o la SAP de León (Sección 1.ª) de 6 de septiembre de 2017, respecto de menores con residencia habitual en Senegal, ECLI:ES:APLE:2017:857.

²⁹ Véase, por ejemplo, la decisión de la AP de Barcelona (Sección 18.ª) que resuelve por Sentencia de 16 de octubre de 2019, ECLI:ECLI:ES:APB:2019:7771A.

En consecuencia, la incidencia del art. 10 del Reglamento 2019/1111 va a depender de la lectura que se haga de los criterios de vinculación que indica. En primer lugar, surge la duda en torno a la interpretación de la expresión que utiliza el precepto, al referirse a la lista de supuestos en los que conforme al art. 10 del Reglamento 2019/1111 se entiende que hay vinculación estrecha entre el menor y el territorio indicado en las letras i), ii) y iii). De forma que al referirse a estos casos con la expresión *en especial* se cuestiona si se trata de una lista cerrada o abierta de supuestos³⁰. La interpretación en favor de una u otra opción sin duda afectará a su aplicación. Parece que se trata de una lista abierta; es decir, pueden encontrarse otros criterios que expresen vinculación del menor con otro EM.

En segundo lugar, situados en el supuesto que recoge el propio Reglamento 2019/1111 queda por determinar cómo ha de hacerse la lectura para determinar su aplicación³¹. Si bien parece clara la alternatividad entre los criterios recogidos en las letras ii) y iii), no resulta tan evidente con la condición de la letra i). Así, según está redactado el art. 10 puede haber duda en torno a la función que cumple la condición de la residencia habitual de uno de los titulares de la responsabilidad parental en ese EM [letra i)], es decir, si su cumplimiento ha de ser cumulativo con alguno de los siguientes criterios o puede aplicarse por separado. Ello se debe a que si bien la conjunción «o» sí aparece entre las letras ii) y iii) no lo hace en relación con la circunstancia de la letra i)³².

Conforme a los objetivos que persigue el texto a través de este precepto nos inclinamos por una lectura alternativa entre todas las condiciones, lo que conlleva una aplicación muy parecida a la seguida en la práctica actual³³; en consecuencia, para los supuestos que se planteen en un contexto de disolución del vínculo la elección de foro permitirá que el proceso no se fragmente³⁴. Lo que es incuestionable es que el precepto ha querido poner el foco en la figura del menor.

Por supuesto quedaría que la autoridad elegida compruebe la existencia de acuerdo entre las partes, y que la competencia responde al *interés del menor*; elementos cuya aplicación ha tenido una práctica bastante desigual.

³⁰ Véase BERNARDO SAN JOSÉ, A., «Normas de competencia internacional en materia de responsabilidad parental en el Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019», *CDT*, vol. 12, 2020, núm. 2, pp. 1243-1289, esp. pp. 1270 y 1277. Entendiendo que se trata de una lista también abierta, véase CAMPUZANO DÍAZ, B., «Acuerdos de elección de foro...», *loc. cit.*, nota 24, p. 11. En este caso la autora con muy buen criterio asienta su tesis en el art. 12.3 RBII bis.

³¹ Véase SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A., «Acción de responsabilidad parental...», *op. cit.*, nota 24, p. 157.

³² Ahora bien, es cierto que ni en las versiones inglesa, francesa o española se emplea al final de la condición de la residencia habitual de uno de los titulares de la responsabilidad parental la conjunción *ou/or/o/* que sí se introduce entre los dos criterios siguientes.

³³ Por una lectura alternativa de todos los criterios de vinculación se inclina CAMPUZANO DÍAZ, B., «Acuerdos de elección de foro...», *loc. cit.*, nota 24, p. 15. Interesante resulta la comparativa que hace la citada autora del resultado de la nueva redacción del art. 10 del Reglamento 2019/1111 y del art. 10 del CLH de 1996, «El nuevo Reglamento 2019/1111: análisis de las mejoras en las relaciones con el Convenio de La Haya de 9 de octubre de 1996 sobre responsabilidad parental», *CDT*, vol. 12, 2020, núm. 1, pp. 97-117.

³⁴ Puede verse un análisis interesante de esta idea en M. A. Sánchez Jiménez, aunque la autora no llega a la misma conclusión que aquí se ha expuesto, *op. cit.*, nota 24, p. 157.

a) *Régimen jurídico del acuerdo*

En distintos apartados del art. 10 se establecen las condiciones del acuerdo tales como: el momento, la forma, las partes, así como el carácter de dicha competencia —exclusiva en algún caso— y cuando finaliza la competencia del tribunal elegido por las partes.

En torno al *momento* en el que puede producirse la elección de foro, el acuerdo de las partes puede realizarse: bien en el momento de presentar el asunto ante el órgano jurisdiccional, o bien, de forma expresa, durante el procedimiento³⁵, matizando que en este caso el órgano jurisdiccional se habrá asegurado de que todas las partes han sido informadas de su derecho a no aceptar la competencia³⁶.

En cuanto a la *forma*, el acuerdo ha de quedar fijado por escrito, ha de ser fechado y firmado o hacerlo constar en el acta judicial conforme al Derecho y al procedimiento nacional. También es posible realizarlo por medios electrónicos siempre que quede un registro duradero en el tiempo.

b) *Parte del proceso*

El art. 10 da respuesta a un aspecto controvertido: el consentimiento a la competencia del tribunal elegido por quien posteriormente venga a ser parte del proceso. El precepto aclara tanto el concepto de *parte afectada*, como *cuándo* se entiende que esta acepta la competencia del tribunal elegido³⁷. El TJUE ya se había pronunciado sobre este aspecto en caso, por ejemplo, de que un fiscal, conforme al Derecho nacional, sea considerado parte de pleno derecho en un procedimiento de responsabilidad parental, y en relación con su consentimiento en torno a la competencia del tribunal elegido por los progenitores³⁸.

El nuevo precepto incluye el posicionamiento del TJUE remitiendo a los Derechos nacionales la interpretación de parte afectada, así como admitiendo en el articulado la prórroga de la competencia por sumisión tácita.

³⁵ Con esta redacción el art. 10 amplía la posibilidad frente a la posición que había mantenido el TJUE dado que este había establecido: «Así pues, el claro tenor literal del art. 12, apdo. 3, letra b), del Reglamento núm. 2201/200, interpretado a la luz del citado art. 16 del mismo Reglamento, exige que se acredite que la extensión de la competencia en cuestión ha sido objeto del consentimiento expreso —o cuando menos inequívoco— de todas las partes en el procedimiento, a más tardar en el momento en que se presente ante el tribunal elegido el escrito de demanda o un documento equivalente». asunto C-656/13, ECLI:EU:C:2014:2364 (párr. 56).

³⁶ Este nuevo precepto responde a la interpretación estricta que el TJUE quería dar a través de su jurisprudencia al requisito relativo al *carácter inequívoco de la aceptación por todas las partes en el procedimiento* de la competencia de los órganos jurisdiccionales ante los que se ha planteado el litigio y que ha dado lugar a distintos problemas de interpretación, véase el asunto C-215/15, ECLI:EU:C:2015: (párrs. 41, 42 y 43).

³⁷ Sobre ambos aspectos hay que tener en cuenta el considerando 23 del Reglamento 2019/1111.

³⁸ Así el STJUE asunto C-565/16 estableció: «En cambio, a falta de tal oposición, puede considerarse que el consentimiento de dicha parte es implícito y que concurre el requisito de aceptación de la prórroga de la competencia de forma inequívoca por todas las partes en el procedimiento en el momento de presentar el asunto ante el órgano jurisdiccional» (párr. 32), ECLI:EU:C:2018:265.

c) *Carácter y cese de la competencia del tribunal elegido por las partes*

El Reglamento 2019/1111 determina que la competencia de los tribunales elegidos será de carácter exclusivo solo cuando su aceptación tiene lugar durante el procedimiento³⁹. Por tanto, si la elección de foro tuvo lugar antes del inicio del procedimiento o en el momento de presentar el asunto ante el tribunal, dicha competencia no goza del carácter exclusivo [caracterización que repercutirá en el tratamiento de la litispendencia (véase, *infra*, epígrafe 3.3.1)]. Esta opción refleja que en el Reglamento la autonomía de la voluntad no persigue, como en otros ámbitos, una organización previa de las relaciones, la autonomía de la voluntad va a ser posible siempre que la elección se adapte al criterio material del *interés del menor*, y desde esta idea nos resulta adecuada la dualidad que el texto incorpora entre competencia de carácter exclusiva o no⁴⁰.

Otro aspecto planteado, resuelto por el TJUE y reflejado en las nuevas soluciones del Reglamento 2019/1111, se refiere al momento en el que se pone fin a la competencia del tribunal elegido por las partes⁴¹. Así, salvo acuerdo en contrario de las partes, la competencia finaliza cuando: la decisión dictada no sea susceptible de recurso ordinario o el proceso haya finalizado por otros motivos.

3.2.5. *Remisión y transferencia de la competencia*

El traslado de la competencia desde las autoridades de la residencia habitual de un menor a las autoridades de un segundo EM se mantiene en el Reglamento 2019/1111. El art. 12 regula la remisión de la competencia, mientras que el art. 13 se encarga del mecanismo de la transferencia de la competencia solicitada⁴². En relación al ámbito de aplicación espacial de estos preceptos se limita a los órganos jurisdiccionales de los EM⁴³, mientras

³⁹ Hay autores que entienden que el carácter exclusivo de la competencia ha de extenderse a todos los supuestos de elección de foro contemplados en el art. 10; véase BERNARDO SAN JOSÉ, A., *op. cit.*, nota 30, p. 1272. En sentido contrario véase RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M. A., «La remisión y transferencia de competencia en materia de responsabilidad parental en el Reglamento (UE) 2019/1111», *CDT*, vol. 12, 2020, núm. 2, pp. 706-723, esp. p. 714.

⁴⁰ Muy interesantes las reflexiones entre la autonomía privada y el interés del menor de CARPANE-TO, L., *Autonomia privata e relazioni familiari nel diritto dell'Unione Europea*, Canterano (RM), Aracene, 2020, pp. 185-196.

⁴¹ Sobre la finalización de la competencia del tribunal elegido por las partes el TJUE ya había establecido: «La competencia en materia de responsabilidad parental, prorrogada, en virtud del art. 12, apdo. 3, del Reglamento núm. 2201/2003, en favor de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante quien los titulares de la responsabilidad parental han incoado de común acuerdo un procedimiento, se extingue al recaer una resolución firme en el marco de dicho procedimiento», véase la STJUE asunto C-436/13, ECLI:EU:C:2014:2246 (párrs. 49 y 50).

⁴² Para un estudio muy completo de estos preceptos véase RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M. A., *op. cit.*, nota 39, pp. 706-723.

⁴³ Ya lo había apuntado el TJUE en el asunto C-393/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:835. El TJUE cita los arts. 9, 10 y 15 RBII bis como lo únicos que requieren un potencial conflicto entre EM para que citado Reglamento sea aplicable (párr. 33).

que se aplicará el CLH de 1996 cuando la remisión de la competencia se haga desde un EM a un tercer Estado que sea parte del citado Convenio (art. 97 del Reglamento 2019/1111)⁴⁴.

La reglamentación de la transferencia o de la remisión se hace de forma mucho más detallada y recogiendo en distintos aspectos la jurisprudencia del TJUE en relación con la interpretación del texto anterior⁴⁵. Por ejemplo, el texto deja claro que el órgano jurisdiccional que remite parte o la totalidad del asunto habrá de ser competente conforme a las normas del Reglamento, mientras que quien solicita la transmisión tendrá que carecer de ella. También se despeja la duda sobre el carácter cerrado de lista de autoridades hacia las que se puede remitir o podrán solicitar la transmisión de la competencia⁴⁶ (cdo. 26).

El precepto aclara que la remisión o en su caso solicitud de transferencia de la competencia no podrá aplicarse: cuando haya habido una elección de foro de carácter exclusiva (art. 10.4); ni en supuestos en contexto de una sustracción internacional de un menor (cdo. 27).

Hasta la actualidad ha sido escasa la práctica, al menos en lo que a la española se refiere⁴⁷. Es posible que a partir del Reglamento 2019/1111 con los distintos aspectos que la regulación aclara provoque una mayor aplicación del precepto.

3.2.6. Competencia residual

La ausencia de competencia de los órganos jurisdiccionales de otro EM y la residencia del menor en un tercer Estado —no parte del CLH de 1996— su-

⁴⁴ Aunque es cierto que el Reglamento 2019/1111 trata de aclarar este aspecto, los tribunales españoles ya aplicaban de forma correcta ambos instrumentos. Véase, por ejemplo, SAP de Barcelona (Sección 18.ª) de 10 de diciembre de 2014, ECLI:ES:APB:2014:13849, en la que la Audiencia plantea para la transferencia de la competencia en el caso de una menor argentina con residencia habitual en España la aplicación del art. 8 CLH de 1996. En detalle sobre este aspecto CAMPUZANO, B., «El nuevo Reglamento 2019/1111: análisis de las mejoras con el Convenio de la Conferencia de La Haya de 1996», *CDT*, vol. 12, 2020, núm. 1, pp. 97-117.

⁴⁵ El TJUE se ha pronunciado sobre los referidos preceptos en las siguientes decisiones: asunto C-523/07, ECLI:EU:C:2009:225; asunto C-428/15, ECLI:EU:C:2016:819; asunto C-478/17, ECLI:EU:2018:812; asunto C-530/18, ECLI:EU:C:2019:583.

⁴⁶ Asunto 428/15, ECLI:EU:C:2016:819 (párr. 51).

⁴⁷ En el caso español hay poca práctica. Alguna además con poco acierto, como la STS de 7 de julio de 2011, ECLI:ES:TS:2011:4824; sin embargo, también hay jurisprudencia en la que el tribunal demuestra mucho mejor conocimiento del mecanismo SAP de Barcelona (Sección 12.ª) de 18 de diciembre de 2013, FJ 3, ECLI:ES:APB:2013:14651.

En otros EM puede consultarse la poca práctica en *Regulation Brussels II Bis. Guide for Application*, As part of the final output from the project «Cross-Border Proceedings in Family Law Matters before National Courts and CJEU», funded by the European Commission's Justice Programme (GA - JUST/2014/JCOO/AG/CIVI/7722), julio de 2018, pp. 116-120, <https://www.asser.nl/media/4651/m-5796-ec-justice-cross-border-proceedings-in-family-law-matters-10-publications-02-guide-for-application-chapter-3.pdf>.

pone la aplicación, de forma residual, de las normas de competencia judicial internacional internas de conformidad con el art. 14⁴⁸.

Este precepto mantiene la misma redacción que su precedente, artículo que ha tenido aplicación en la práctica española, circunstancia que entendemos no variará con la refundición actual. De la práctica a través de la LOPJ, art. 22 quáter y 22 ter, ha resultado que la autoridad española ha asumido competencia para resolver basándose en los criterios de la residencia del demandante en España, de su nacionalidad española o del domicilio del demandado en territorio español⁴⁹, aun cuando el menor tuviera su residencia habitual en un tercer Estado y no haya acuerdo de las partes sobre la competencia de las autoridades españolas.

3.2.7. *Medidas provisionales, tutela cautelar y cuestiones incidentales*

La competencia de las autoridades para la adopción de medidas provisionales, en particular cautelares, es objeto de atención en varios preceptos del Reglamento 2019/1111⁵⁰. El distinto tratamiento en función de la autoridad que las toma hace que sea necesario diferenciar entre:

Primero, adopción de medidas por autoridades no competentes en cuanto al fondo. Conforme al art. 15 del Reglamento 2019/1111, precepto que configura una auténtica regla de competencia judicial internacional, estas autoridades podrán adoptar, en caso de urgencia, una medida provisional incluida cautelar sin que la misma pueda tener efectos más allá del Estado donde se dictó.

Conforme al citado art. 15 son medidas previstas en el ordenamiento de ese EM⁵¹; con carácter urgente⁵²; que requieren adoptarse sobre me-

⁴⁸ Hay que apuntar que textos posteriores al RBII bis, pero anteriores al Reglamento 2019/1111, no incluyen el precepto relativo a la norma de competencia residual. Este es el caso, por ejemplo, del *Reglamento CE núm. 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2018, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de alimentos*, DO 10 de enero de 2009, Serie L 7/1.

⁴⁹ Sobre la práctica del mismo véase HERRANZ BALLESTEROS, M., «Proyección de la competencia de las autoridades de los Estados miembros sobre menores residentes en terceros Estados: la experiencia española», *RGDE*, 2020, núm. 52.

⁵⁰ Hay que recordar que tales medidas están incluidas en el término resolución del art. 2.1 a los efectos del Capítulo IV relativo al reconocimiento y ejecución. El TJUE se ha pronunciado en distintas ocasiones en relación con la aplicación de la tutela cautelar en particular en contextos de sustracción internacional de menores, asunto C-523/07, ECLI:EU:C:2009:225; asunto C-256/09, ECLI:EU:C:2010; asunto C-403/09 PPU, ECLI:EU:C:2009:810; asunto C-296/10, ECLI:EU:C:2010:665.

⁵¹ En relación a las materias sobre las que pueden adoptarse tales medidas, la polémica en torno a si estas han de estar incluidas en el Reglamento, parece que por la ampliación del número de medidas que quedan incluidas en el ámbito de aplicación del texto resulta extraño que aquellas que se vayan a adoptar no queden comprendidas en el ámbito de aplicación del texto. En cualquier caso, hay quienes defienden la proyección de la norma a medidas sobre materias no incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento, véase FORCADA MIRANDA, F. J., *op. cit.*, nota 3, pp. 150-151.

⁵² El TJUE se ha pronunciado sobre el concepto de urgencia asunto C-403/09 PPU, ECLI:EU:C:2009:810 (párr. 42).

nores o bienes de un menor que se encuentren en ese EM⁵³; estableciendo la debida información entre las autoridades⁵⁴; y con una temporalidad limitada⁵⁵.

Una referencia especial hay que realizar al supuesto de la adopción de medidas provisionales incluidas las cautelares para evitar que el retorno del menor en caso de sustracción produzca un grave riesgo conforme al art. 13.1.b) CLH de 1980 (art. 27.5). En este último caso dichas medidas sí tendrán efecto extraterritorial hasta que las autoridades de la residencia habitual del menor hayan adoptado otras que considere apropiadas.

Segundo, adopción de medidas provisionales incluidas las cautelares por parte de la autoridad competente para conocer del fondo del asunto. La competencia para adoptar tales medidas se basará en el foro de competencia aplicable al fondo del asunto dado que se solicitarán durante el proceso. Tales medidas tendrán efectos extraterritoriales cuando el demandado haya sido citado a menos que la resolución, en la que se adopta la medida, haya sido notificada al demandado antes de la ejecución.

Se incluye un precepto respecto de las cuestiones incidentales dentro de la sección relativa a las normas de competencia judicial internacional (art. 16)⁵⁶. Este precepto resuelve la cuestión específica en torno a la competencia de un órgano jurisdiccional que está conociendo de un asunto no comprendido en el ámbito material del Reglamento para decidir de forma incidental de las cuestiones de responsabilidad parental. La lectura conjunta con los considerandos 32 y 33 ayuda a comprender mejor el precepto.

3.3. Disposiciones comunes

El Capítulo II finaliza con la Sección 3.^a relativa a previsiones sobre la iniciación del procedimiento (art. 17), comprobación de la competencia (art. 18), admisibilidad (art. 19), litispendencia (art. 20) y, por último, la incorporación de forma expresa del derecho del menor a expresar sus opiniones (art. 21). Entre los referidos preceptos hay: uno completamente nuevo

⁵³ Superando con ello la interpretación del TJUE que establecía que era necesario que además del menor estuvieran otras personas, en particular se refería al progenitor en el territorio del Estado en el que se adopta la medida C-403/09 PPU, ECLI:EU:C:2009:810 (párrs. 50-52).

⁵⁴ La información sobre la medida habrá de hacerse sin dilación, bien directamente entre autoridades judiciales (art. 86), bien a través de la autoridad central (art. 76). Una valoración sobre este aspecto en FORCADA MIRANDA, J., *op. cit.*, nota 3, pp. 151-152.

⁵⁵ Al momento en que el tribunal del EM competente para conocer del fondo del asunto haya adoptado aquellas que entienda pertinentes. De estas, además, establece el Reglamento la necesidad de informar a las autoridades que adoptaron las medidas provisionales, ya sean directamente por conducto de la autoridad central (art. 15.3).

⁵⁶ Se había planteado ante el TJUE esta situación en el marco de un proceso sucesorio, asunto C-404/14, ECLI:EU:C:2015:653. Sobre la misma véase FONT I SEGURA, A., «Competencia para autorizar un acuerdo de partición de la herencia celebrado por un tutor en representación e interés de unos herederos menores de edad: TJUE de 6 de octubre de 2015, asunto C-404/14: *Marie Matoušková*», *La Ley Unión Europea*, 2016, núm. 35.

(art. 21), los demás con algunas modificaciones de distinto calado (art. 20), y otros no presentan novedad (arts. 18 y 19).

3.3.1. *Problemas de aplicación de las normas de competencia judicial internacional*

En el caso del art. 17, relativo a la iniciación del procedimiento, la novedad reside principalmente en la letra *c*), que incluye la incoación del proceso de oficio por el órgano jurisdiccional. El precepto continúa refiriéndose a los métodos tradicionales de iniciación del proceso, incorporando aspectos tratados por la jurisprudencia del TJUE que giran sobre casos concretos, pero en aumento, como son los supuestos de mediación judicial y de otros medios alternativos de resolución de litigios (cdo. 35)⁵⁷.

El control de la competencia se hará de oficio⁵⁸. El conocimiento del asunto por una autoridad que debió declararse de oficio incompetente no es, sin embargo, causa para denegar el reconocimiento de la decisión en el EM requerido⁵⁹. Tampoco la comprobación de oficio de la competencia y, en ausencia de la misma, la obligación de declararse de oficio incompetente debe ser un obstáculo para que si la autoridad tiene vinculación con el menor pueda solicitar el traslado de la competencia (cdo. 37).

La admisibilidad —art. 19— y la regla de la litispendencia y acciones pendientes —art. 20— son las dos últimas normas relativas a los problemas de aplicación de las normas de competencia judicial internacional.

En el caso de la litispendencia, la regla de base *prior tempore se ve alterada* en los supuestos en los que haya habido elección de foro⁶⁰. El Reglamento 2019/1111 confiere un tratamiento desigual a los acuerdos de elección de foro y esta distinción repercute, entre otros preceptos, en la norma de litis-

⁵⁷ Asunto C-507/14, ECLI:EU:C:2015:512, y asunto C-467/16, ECLI:EU:C:2017:993.

⁵⁸ Como tradicionalmente se hace en el ámbito de los Reglamentos de la UE. Control de oficio que no impide que cualquiera de las partes pueda impugnar la competencia, pero ya en el marco de la normativa procesal interna, FORCADA MIRANDA, F. J., *op. cit.*, nota 3, pp. 166-167.

⁵⁹ Asunto C-455/15 PPU, ECLI:EU:C:2015:763. Ha habido otras decisiones del TJUE en relación al control de la competencia que han aportado vías centradas en la cooperación entre autoridades con el fin de proteger el interés del menor al establecer que: «Siempre que el interés del menor lo requiera el órgano jurisdiccional que se haya declarado incompetente debe de informar al órgano jurisdiccional competente de otro EM directamente o por conducto de la autoridad central». En esta misma decisión del TJUE establece que dicho órgano jurisdiccional no tiene la obligación de remitir el asunto a otro órgano jurisdiccional, asunto C-523/07, ECLI:EU:C:2009:225.

⁶⁰ El art. 20.2 incorpora una referencia de forma expresa al supuesto en el que la competencia de alguno de los órganos jurisdiccionales, en caso de demandas relativas a la responsabilidad parental, se base en el art. 15 del Reglamento, que establece una norma de competencia relativa a las medidas provisionales incluidas las cautelares. De esta forma se trata de evitar la aplicación de regla de litispendencia cuando la competencia reside en el art. 15. El Reglamento incorpora de forma expresa la jurisprudencia del TJUE en los asuntos C-296/10, ECLI:C:2010:665 y C-497/10, PPU ECLI:C:2010:829. Referencia expresa que ha sido criticada por FORCADA MIRANDA, F. J., *Comentarios prácticos...*, *op. cit.*, nota 3, p. 181.

pendencia. Así, al igual que ha ocurrido en otros textos⁶¹, la existencia de un acuerdo de elección de foro que confiere de forma exclusiva la competencia en favor del órgano jurisdiccional de un EM supone la preeminencia de este con independencia de que hubiera sido el primer o el segundo órgano jurisdiccional ante el que se presentara la demanda (art. 10.4)⁶².

En los demás casos, es decir, cuando la elección de foro no es posible —supuestos de divorcio, separación legal y nulidad—, así como en supuestos de elección de foro en materia de responsabilidad parental sin conferir a dicha elección carácter exclusivo, continuará aplicándose la regla general (art. 20.1 y 2).

En el marco de las relaciones del Reglamento 2019/1111 con el CLH de 1996, el art. 97.2.c) establece la aplicación del art. 13 del Convenio —que sigue la regla *prior tempore*— en los supuestos de litispendencia entre órganos jurisdiccionales de un EM y de un Estado no miembro, pero parte de dicho texto.

3.3.2. *El derecho del menor a ser oído*

Por último, el art. 21 recoge de forma expresa el derecho del menor a expresar sus opiniones en los diferentes procesos que le conciernen. De forma que el derecho a ser oído, que no la obligación del menor a expresar su opinión, se proyecta en todos los procedimientos relativos a la responsabilidad parental y no solo a aquellos referidos a los procesos de sustracción internacional.

Conforme al precepto, las autoridades de los EM tendrán que garantizar que los menores, capaces de formarse un juicio tendrán la posibilidad real y efectiva de expresar su opinión; y, además, prestar la debida importancia a las opiniones del menor conforme a su edad y madurez. El Reglamento no incide en los mecanismos de los derechos internos para escuchar a los menores. Ahora bien, una vez cumplidas las anteriores prerrogativas resulta de gran importancia, principalmente por los efectos de reconocimiento de la decisión en otro EM, cómo se ha documentado la participación del menor en el proceso.

A lo largo del Reglamento el derecho del menor a expresar sus opiniones se reitera de forma expresa para los supuestos de sustracción internacional de menores (art. 26)⁶³; así, la opinión del menor sirve en el marco del CLH de

⁶¹ Por ejemplo, en el Reglamento 1215/2010. En los Reglamentos relativos al derecho de familia en los que se confiere a las partes autonomía de la voluntad mediante la elección de foro no se ha alterado la regla de litispendencia.

⁶² Hay que tener en cuenta que en el marco del Reglamento 2019/1111 el carácter exclusivo de la competencia, en caso de elección de foro, solo lo será en el supuesto del art. 10.4, esto es, cuando la aceptación de la competencia se ha producido durante el procedimiento [véase *supra*, epígrafe 3.2.4 letra c)].

⁶³ No pasa desapercibido cómo la opinión del menor se ha incorporado en el art. 29.

1980 para denegar su restitución (art. 13.2)⁶⁴, y para abrir el denominado mecanismo de prevalencia conforme al Reglamento (art. 29.1)⁶⁵. Es obligatorio respetar su cumplimiento en los términos del art. 21 tanto para que el reconocimiento de la decisión no sea denegado, como para poder emitir distintos certificados (véanse los relativos a los Anexos I, III, IV).

4. SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

El Capítulo III (arts. 22 a 29) se dedica por completo a la regulación de la sustracción internacional de menores. La experiencia de la práctica nacional en la aplicación del RBII bis, las decisiones adoptadas a lo largo de estos años por el TJUE —principalmente tramitando estos asuntos a través del proceso prejudicial de urgencia—⁶⁶, la interpretación del propio TEDH en relación con la vulneración o no del art. 8 CEDH en supuestos de sustracción⁶⁷, la intención de adecuar las soluciones de la UE a iniciativas adoptadas por la Conferencia de La Haya en este tema⁶⁸ y, por último, la realidad social a la que han de responder los instrumentos jurídicos, son circunstancias que en mayor o en menor medida han llevado a que en el Reglamento 2019/1111 se incorporen modificaciones significativas en relación con los procesos de sustracción.

Antes de comenzar con las innovaciones, varios aspectos previos contenidos en el art. 22 del Reglamento 2019/1111: *primero*, se insiste en la complementariedad de la aplicación del CLH de 1980 y del Reglamento 2019/1111 para abordar los supuestos de sustracción en el espacio judicial europeo; *segundo*, referencia expresa al uso del sistema heterogéneo de cooperación que permite el CLH de 1980, es decir, un sistema que posibilita a los particulares tanto recurrir a la cooperación entre autoridades centrales como tramitar la

⁶⁴ Cuando haya una decisión de no restitución conforme a la excepción del art. 13.2 se emitirá por la autoridad del EM que decide la permanencia del menor el Anexo I.

⁶⁵ Fue el asunto *Aguirre Zárraga* el que dejó patente las dificultades que hay entre el mecanismo de prevalencia y la audiencia del menor. En este supuesto se aplicó el art. 13.2 CLH de 1980 para denegar la restitución de la menor a España, asunto C-491/10, PPU ECLI:EU:C:2010:828. Como se ha expresado, las normas de la UE han otorgado voz al niño que ha elevado su derecho a ser escuchado al rango de derecho fundamental, ESPINOSA CALABUIG, R., «Derecho internacional privado europeo y protección de grupos vulnerables», *RGDE*, 2021, núm. 54, pp. 1-8, esp. p. 9.

⁶⁶ Sobre el PPU en estos supuestos, HERRANZ BALLESTEROS, M., «Aproximación al Procedimiento Prejudicial de Urgencia a través de la protección de los menores», en CEBRIÁN SALVAT, A. y LORENTE MARTÍNEZ, I. (dirs.), *Protección de menores y Derecho Internacional Privado*, Albolote, Comares, 2019, pp. 171-191.

⁶⁷ No puede desconocerse la influencia del TEDH a través de determinadas decisiones en las que ha incidido en la apreciación en concreto del interés del menor en estos supuestos y no de una valoración in abstracto. Elemento que, como se verá con posterioridad (véase *infra*, epígrafe 4.2), ha pasado a las soluciones del Reglamento 2019/1111. Un excelente análisis sobre la jurisprudencia del TEDH en estos casos puede verse en REQUEJO ISIDRO, M., «El derecho al respeto a la vida privada y familiar y el secuestro internacional de menores. Los estados miembros de la UE ante el TEDH: estado de la cuestión», *Anuario de los cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. XVI, 1.ª ed., junio de 2017.

⁶⁸ Así lo indica RODRÍGUEZ PINEAU, E., *op. cit.*, nota 3, p. 10.

restitución directamente ante los órganos jurisdiccionales sin el concurso de dichas autoridades aplicando, en cualquiera de los casos, los instrumentos jurídicos referidos⁶⁹; *tercero*, mención concreta del ámbito personal de las soluciones acorde con las previsiones del texto convencional (menores de dieciséis años).

4.1. Modificaciones en relación con el proceso de restitución y sobre las resoluciones de retorno o de permanencia

Son diferentes los aspectos que o bien se han modificado o bien se han concretado en el Reglamento 2019/1111 en los procesos de restitución.

Se ha especificado el tiempo que tendrán las autoridades para actuar: en unos casos con poca concreción, por ejemplo, en referencia a las autoridades centrales solo se fija el plazo que tienen para acusar recibo de la recepción de la solicitud de restitución (cinco días hábiles), y queda sin limitar el periodo con que cuentan para completar las gestiones anteriores a la fase judicial⁷⁰.

En otros supuestos sí se concreta y, en su caso, se amplía el tiempo con el que cuenta la autoridad judicial para resolver el asunto (incremento a dieciocho semanas incluida la etapa de ejecución de la decisión)⁷¹.

En el texto se han realizado otras indicaciones que no suponen modificaciones, pero sí referencias expresas, por ejemplo, a la concentración de la competencia en determinados órganos jurisdiccionales de los EM o al recurso a la mediación. En el caso español la concentración de la competencia, con vistas a la especialización, se realizó en el año 2015⁷², reforma en la que se incluyó de forma expresa el recurso a la mediación en el marco de los procesos de sustracción internacional de menores⁷³. Ahora bien, la concentración de la competencia puede conllevar problemas en la práctica a

⁶⁹ SCHLOSSER, P., «Jurisdiction and international judicial and administrative Co-operation», *Rec. des C.*, t. 248, 2000, pp. 319-310; HERRANZ BALLESTEROS, M., *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, Madrid, Lex Nova, 2002, pp. 200-205.

⁷⁰ Atribuyendo esta falta de concreción a motivos ajenos a la protección de los menores en estos casos véase GONZÁLEZ BEILFUS, C., «La sustracción de menores en el nuevo Reglamento 2019/1111», *Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho*, Libro Homenaje al profesor J. C. Fernández Rozas, Madrid, Thomson Reuters-Civitas, 2020, pp. 383-398. Una visión general sobre las innovaciones introducidas para los supuestos de sustracción internacional de menores, véase CHÉLIZ INGLÉS, M. C., «Novedades introducidas por la refundición del Reglamento Bruselas II bis en relación con la sustracción internacional de menores», en GARCÍA ÁLVAREZ, L. y MARTÍN RODRÍGUEZ, J. M. (coords.), *El mercado único en la Unión Europea. Balance y perspectivas jurídico-políticas*, Madrid, Dykinson, 2019, pp. 37-50.

⁷¹ Véase considerando 42 en cuanto a cuándo empezarían a contar los plazos. Esperemos que el aumento del plazo para resolver, que por otra parte se adecua mejor a la realidad de la práctica, no se aproveche para aumentar aún más por parte de dicha práctica los tiempos.

⁷² Arts. 778 bis al 778 quáter de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, dentro de los procesos especiales del Libro IV, en el Capítulo IV bis del Título I dedicado a los Procesos sobre Capacidad, Filiación, Matrimonio y Menores, art. 778.2 LEC.

⁷³ Sobre la mediación en el ámbito de la sustracción CHÉLIZ INGLÉS, M. C., *La sustracción internacional de menores y la mediación. Retos y vías prácticas de solución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

la hora de homologar el acuerdo de mediación al que han llegado las partes, dado que la autoridad que decide sobre la restitución o permanencia del menor puede carecer de competencia para ello⁷⁴. Esto último se debe a que el acuerdo versará sobre distintos aspectos —derecho de custodia, visita, alimentos, etc.— y la autoridad que está resolviendo solo ostenta competencia para pronunciarse sobre la restitución y no sobre todas las materias que contiene el acuerdo⁷⁵.

En relación con las decisiones adoptadas por el órgano jurisdiccional ante el que se solicita la restitución, el Reglamento 2019/1111 se detiene expresamente en los supuestos que pretende aplicarse la excepción al retorno del art. 13.1.b) CLH de 1980. A fin de aclarar ciertos elementos y procurar un uso restringido de la referida excepción, se concreta quién tiene que probar la adopción de las medidas necesarias para impedir que tal riesgo se produzca, así como se determina la adopción de medidas provisionales y su circulación en el EM de la residencia del menor, con el fin de que el regreso del menor sea seguro protegiéndole del riesgo que se argumenta en base al referido precepto del CLH de 1980 (art. 27.3 y 5)⁷⁶. Lo anterior se acompaña de llamadas a la cooperación entre las autoridades —directamente o a través de las autoridades centrales— con las que se pretenden asegurar la restitución segura del menor al EM de su residencia habitual.

4.2. Modificaciones en el denominado mecanismo de la «última palabra» y en la ejecución de la decisión adoptada sobre el fondo

En el espacio judicial europeo, los supuestos de sustracción internacional de menores no siempre finalizan con la decisión adoptada sobre restitución o permanencia del menor en el Estado al que el menor fue desplazado en base al CLH de 1980.

⁷⁴ En el marco interno español la concentración de la competencia, como ya se ha visto, se hace en los juzgados de las capitales de provincia con competencia en materia de derecho de familia. Pues bien imaginemos un menor que es sustraído a España, en concreto a Madrid, y es llevado a un partido judicial que no sea el de la capital de provincia. Conforme a la normativa interna, el juzgado de la capital de provincia no será competente para homologar el acuerdo de mediación al que hubieran llegado las partes en el proceso de restitución dado que pueden incluirse aspectos sobre materias distintas.

⁷⁵ En el caso español, el art. 778.9 quinquies establece: «El juez dictará sentencia en la que se pronunciará *únicamente sobre si el traslado o la retención son ilícitos*». En el caso de Alemania, por ejemplo, este hecho se ha tenido en cuenta y el tribunal que conoce del proceso de restitución posteriormente podrá conocer sobre los demás aspectos, como el derecho de custodia, visita, etc. Este asunto ha sido estudiado y se ha revelado especialmente delicado en los supuestos en los que las partes lleguen a un acuerdo de mediación en el Proyecto de la UE AMICABLE dedicado a «Recognition and Enforceability of the Mediation Agreements in the UE», <https://www.amicable-eu.org/>. Las dificultades presentadas han sido tenidas en cuenta en el considerando 43 del Reglamento 2019/1111.

⁷⁶ Un profundo estudio sobre tales medidas en el marco del Reglamento 2019/1111, CALZADO LLAMAS, J., «Las medidas provisionales y cautelares en los procedimientos de restitución de menores: análisis del Reglamento 2019/1111 en conexión con el ordenamiento jurídico español», *CDT*, vol. 13, 2021, núm. 1, pp. 87-109.

Si la decisión de no devolución se hubiera basado en las excepciones al retorno del art. 13.1.b) o art. 13.2 CLH de 1980, el Reglamento 2019/1111 da paso a la posibilidad de un proceso ante las autoridades del EM de la residencia del menor anteriores al traslado⁷⁷. Son dos las situaciones que se desarrollan en el art. 29: que el proceso sobre el fondo del derecho de custodia estuviera ya en curso ante la autoridad de la residencia habitual del menor; o que no estando abierto la parte afectada decida iniciarlo, contando con un periodo de tres meses para ello desde la notificación de la decisión de no restitución. La decisión que habrán de adoptar las autoridades de la residencia habitual del menor en ambas situaciones será sobre el fondo del asunto —esto es sobre el derecho de custodia—⁷⁸, y si el cumplimiento de dicha decisión requiere la restitución del menor la misma se ejecutará conforme al Capítulo IV —que incluye la ejecución de decisiones privilegiadas— (véase, *infra*, epígrafe 5.5.2).

Por último, pero desde luego no menos importante, el legislador de la UE ha incorporado una innovación que conlleva tener en cuenta, en su caso, el «día después»⁷⁹ de haber finalizado el proceso sobre el fondo del asunto por las autoridades de la residencia habitual y, en su caso, proceder a ejecutar dicha resolución para cuyo efectivo cumplimiento es obligatoria la devolución del menor. Pues bien, como se verá más adelante, estas decisiones (art. 29.6) gozan de un régimen privilegiado de ejecución frente a las demás (art. 42). Pero, a través de las nuevas prerrogativas incluidas en la Sección 3.^a, Subsección 2.^a, relativa a la suspensión o denegación de la ejecución, y en particular a los apdos. 4 y 6 del art. 56, es posible la suspensión, y en su caso la denegación definitiva, de la ejecución de la decisión que conlleva la devolución del menor.

De esta forma la autoridad del EM de ejecución, es decir, la autoridad del EM al que el menor en un principio fue trasladado de forma ilícita, y que además decidió su permanencia en dicho Estado con base en alguna de las excepciones referidas, podrá suspender y, en su caso, finalmente denegar la ejecución excepcionalmente si esta «expone al menor a un riesgo grave de daño físico o psíquico debido a impedimentos temporales que hayan surgido

⁷⁷ Hay que recordar que en este caso las autoridades del Estado al que el menor fue trasladado habrán de emitir el Anexo I.

⁷⁸ Como ya apuntamos en su momento, esta decisión solo podría versar sobre el fondo del asunto, es decir, sobre el derecho de custodia: HERRANZ BALLESTEROS, M., «El Reglamento (CE) núm. 2201/2003. Alcance de la reforma en materia de sustracción internacional de menores en el espacio judicial europeo», *Aranzadi Civil*, 2004, pp. 13-32, esp. pp. 30-31; JIMÉNEZ BLANCO, P., *Litigios sobre custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 202-203. No quedaba del todo claro el tipo de resolución con la precisión que hizo el TJUE en el caso *Rinau*, asunto C-195/08, ECLI:EU:C:2008:406 (párr. 82). O las dudas que despertó la decisión del TJUE en el asunto C-211/10, ECLI:EU:C:2010:400 (párr. 67). Con la redacción actual se ha concretado de forma precisa evitando que la decisión del EM de la residencia habitual del menor pudiera entenderse como una revisión o una decisión de segunda instancia.

⁷⁹ Esta expresión fue utilizada por P. Jiménez Blanco para referirse a la limitación del CLH de 1980 cuando dictada una decisión de no restitución el siguiente paso es iniciar un nuevo proceso sobre a quién corresponde la custodia (*ibid.*, p. 196).

después de que la resolución haya sido dictada, o en virtud de otro cambio de circunstancias». Si el riesgo grave persiste en el tiempo, la autoridad de ejecución, previa petición, podrá denegar la misma. En definitiva, esta modificación da entrada a un proceso donde el paso del tiempo —impedimentos temporales—, el cambio en las circunstancias⁸⁰, irrumpen como elementos determinantes para valorar, ya no si la restitución, sino si la ejecución de la devolución es ahora acorde con el *interés del menor*⁸¹.

5. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE DECISIONES

Las normas sobre reconocimiento y ejecución ocupan el Capítulo IV del Reglamento 2019/1111, integrado por cinco Secciones. En la Sección 1.^a —dividida en cuatro subsecciones— se incluyen las disposiciones generales de reconocimiento y ejecución (arts. 30-41); la Sección 2.^a —integrada también por cuatro subsecciones— dedicada al reconocimiento y ejecución de determinadas decisiones privilegiadas (arts. 42-50); la Sección 3.^a —con dos subsecciones— en la que se regulan las disposiciones comunes sobre la ejecución (arts. 51-63); la Sección 4.^a dedicada ya a los documentos públicos y acuerdos (arts. 64-68); por último, la Sección 5.^a se ocupa de otras disposiciones (arts. 69-75).

El Reglamento 2019/1111 parte del reconocimiento automático de las decisiones, eliminado el exequátur sobre todas las decisiones de responsabi-

⁸⁰ Recuérdese que estos elementos que ahora se incluyen en la norma para suspender, y en su caso denegar la ejecución, fueron utilizados en el asunto *Sofia Povse y Doris Povse c. Austria*, núm. 3890/11, TEDH 2013, para interponer finalmente una demanda ante el TEDH por parte de la progenitora con motivo de la ejecución de la decisión italiana que conllevaba la restitución de la menor conforme al art. 42 RBII bis. Brevemente los argumentos fueron: la lesión del derecho al respeto de la vida familiar de madre e hija, derivado de un «cumplimiento ciego» por los tribunales austriacos de la decisión italiana, sin tener en cuenta que el retorno de la hija a Italia constituiría un serio peligro para su bienestar y conduciría a una separación permanente entre madre e hija. El TEDH no consideró que en la ejecución de la decisión las autoridades austriacas hubieran infringido el art. 8 CEDH.

A este respecto, en sentencia previa, el TJUE determinó en su decisión que la modificación o el cambio en las circunstancias no conllevaban la posibilidad de oponerse a la ejecución y que este cambio además debía de alegarse ante el tribunal de origen de la decisión. Por tanto, la excepción incorporada en el Reglamento 2019/1111 ahora para la suspensión y finalmente posible denegación de la ejecución de la decisión no se compadece con la línea del TJUE a este respecto, asunto C-211/10, ECLI:EU:C:2010:400 (párr. 83).

En relación a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo véase el asunto *M. K. c. Grecia*, núm. 51312/16, TEDH 2018, en el que el Tribunal parece tener en cuenta la opinión del menor que expresa no querer volver al Estado de su residencia habitual tras dos órdenes definitivas de restitución, en el momento de ejecución de la orden. Como se ha observado se da una nueva oportunidad a las autoridades de ejecución de revisar el fondo de la decisión y de que realicen una nueva apreciación sobre el interés del menor; véase CHALAS, C., «Raison et sentiments en matière d'enlèvement international d'enfant: quel équilibre dans les jurisprudences de la Cour Européenne de Droits de L'Homme, de la Cour de Justice de L'Union Européenne et de la Cour de Cassation», *Rev. crit., DIPR*, 2019, núm. 1, pp. 111-126, esp. pp. 122-123.

⁸¹ Entrando por tanto en la valoración en concreto del *interés del menor* frente a su valoración *in abstracto*, sobre este aspecto véase CARPANETO, L., «Impact of the best interest of the child...», *loc. cit.*, nota 3, pp. 265-286.

lidad parental y, por tanto, finalizando con la obligatoriedad de obtener la declaración de ejecutividad en el EM requerido para constituir el título que posteriormente se ejecuta. Si bien la opción por la ejecución directa, al eliminar el exequátur, se acompaña de elementos que sirven de contrapeso y que confieren a la autoridad del Estado requerido un importante control sobre la decisión en fase de ejecución⁸².

5.1. Reconocimiento de resoluciones

En lo que hace al reconocimiento de resoluciones, el Reglamento 2019/1111 parte del reconocimiento automático (art. 30.1). En su articulado, continuista con su antecedente, la parte interesada puede solicitar el reconocimiento incidental (art. 30.5)⁸³, de gran utilidad en la práctica, para las resoluciones en materia de divorcio, separación y nulidad, con el objeto de actualizar los datos del registro civil sin necesidad de procedimiento alguno a través del reconocimiento registral (art. 30.2), así como se puede solicitar una declaración de que *no concurre* motivo alguno de denegación del reconocimiento (art. 30.3)⁸⁴.

El Reglamento se refiere a las resoluciones dictadas por tribunales de la Santa Sede en un EM con el que se ha firmado un concordato (Portugal, España, Malta e Italia) y cuyos efectos se quieran hacer valer en un EM requerido (art. 99). El reconocimiento de la resolución se realizará en el EM requerido (en el caso español, arts. 80 CC y 778 LEC) y posteriormente podrá ser reconocida en los demás EM (art. 99).

El Reglamento incluye, en la Sección 1.^a, Subsección 4.^a, la posibilidad de instar una declaración de *no reconocimiento* de la resolución (art. 40)⁸⁵. La incorporación de ambas acciones, positiva de reconocimiento —decla-

⁸² PARDO IRANZO, C., «Responsabilidad parental y sustracción internacional de menores: la ejecución en el nuevo Reglamento 2019/1111», *Diario La Ley*, 2020, núm. 4.263, pp. 1-13.

⁸³ La cuestión discutida gira en torno a las vías procesales internas más adecuadas para obtener el pronunciamiento acerca del reconocimiento de una resolución cuando este se ha planteado de forma incidental. Sobre este aspecto, aunque el legislador español para otros instrumentos ha optado por la vía de los incidentes art. 388 y ss. LEC, DF 25.^a de la LEC sobre medidas para facilitar la aplicación del Reglamento 1215/2012 y 26.^a para facilitar la aplicación del Reglamento 650/2012, sin embargo, hay voces que se inclinan por una tramitación más ágil, véase MARTÍN MAZUELOS, F. J., «El reconocimiento incidental, su delimitación y procedimiento», *Bitácora Millennium*, 2017, núm. 6.

⁸⁴ En relación a quién debe de incluir el concepto de «parte interesada», es la segunda vez que el Reglamento 2019/1111 se remite a los Derechos nacionales para que conforme a ellos se determine el concepto de parte —cdo. 23, en relación con la aceptación de la competencia en los supuestos de *electio fori* y cdo. 54 en referencia a quién puede instar la declaración de reconocimiento—. En el Informe Explicativo realizado por la Profesora Borrás al *Convenio celebrado con arreglo al art. K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial* se refiere al concepto de parte interesada inclinándose por una interpretación amplia y en relación con el Derecho interno considerándose como tal «al fiscal u otros órganos similares, cuando así se le considere en el Estado en el que se insta o impugna el reconocimiento» (párr. 65).

⁸⁵ Posibilidad que como se ha dicho había sido aceptada por el TJUE en el asunto C-195/08 PPU, ECLI:EU:C:2008:406, RODRÍGUEZ PINEAU, E., *op. cit.*, nota 3, p. 12.

ración de que no concurre ningún motivo de denegación del reconocimiento (art. 30.3)—, y la acción negativa —declaración de no reconocimiento (art. 40)—, es coherente con las intenciones que las partes pueden tener en un procedimiento. Así, quien haya resultado beneficiado en la decisión extranjera le convendrá instar la declaración de que no concurren motivos de denegación, mientras que para la otra parte esta acción positiva no es útil, concediéndole el Reglamento 2019/1111 la posibilidad de anticiparse e instar la acción de no reconocimiento.

El Reglamento 2019/1111 contempla la posibilidad de concurrencia de procedimientos y para ello incluye una solución en el art. 33.b). Así, si está tramitando un proceso en el que se ha invocado el reconocimiento de una decisión extranjera y se ha presentado una solicitud de resolución positiva o una resolución de declaración de no reconocimiento el órgano jurisdiccional competente *podrá* suspender el procedimiento⁸⁶.

El *procedimiento de solicitud de no reconocimiento* de una decisión es el mismo que el previsto para la solicitud de denegación de la ejecución (arts. 59-62). En referencia a los documentos necesarios para invocar una resolución dictada en otro EM, se adjuntará, junto con la copia de la resolución, en el caso de aquellas que están referidas a la cuestión matrimonial, el certificado del Anexo II, y el certificado del Anexo III en las resoluciones relativas a la responsabilidad parental (art. 36)⁸⁷. El certificado no es susceptible de recurso, si bien es posible instar su rectificación —a instancia de parte o de oficio—.

Los *motivos de denegación del reconocimiento* se contienen en el art. 38 para las resoluciones en materia matrimonial, y en el art. 39 para las relativas a la responsabilidad parental. Con carácter general no hay variaciones refiriéndose además el Reglamento a: la prohibición del control de la competencia de la autoridad de origen (art. 69); imposibilidad de alegación de diferencias en el Derecho aplicable como motivo de denegación (art. 70); así como la prohibición de revisión en cuanto al fondo (art. 71).

Un último apunte sobre el derecho de audiencia del menor, como causa de denegación del reconocimiento. No podrá emplearse cuando el menor, capaz de formarse su propio juicio, no pudo ser escuchado: bien porque el objeto del procedimiento versaba sobre sus bienes y no lo requería o bien

⁸⁶ El Reglamento 1215/2012 incluye el mismo precepto art. 38.b). Sobre los interrogantes que existen en torno a la aplicación del mismo y que se pueden trasladar al art. 33 del Reglamento 2019/1111, véase MONTERO MURIEL, F. y AVILÉS TOBAR, J., «Comentario al art. 38», en PÉREZ LLORCA, J. P. (dir.), *Comentario al Reglamento (UE) núm. 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Reglamento Bruselas I refundido*, Madrid, Aranzadi, 2016, pp. 762-772.

⁸⁷ Ambos certificados serán emitidos a instancia de parte y por el órgano jurisdiccional que el EM indique a la Comisión conforme al art. 103. En los certificados es obligatorio indicar si la decisión se dictó en rebeldía y en su caso si el escrito de demanda o documento equivalente fue notificado a dicha parte. En relación a las traducciones y teniendo en cuenta que el certificado se rellenará en el mismo idioma de la resolución (art. 36), es probable que se requieran siguiendo las previsiones del art. 31.2 y 3.

cuando existan otros motivos fundados, en particular, por motivos de urgencia. Lo que quiere decir que puede haber otras razones distintas que podrían argumentarse para impedir que se utilice como causa de denegación del reconocimiento⁸⁸.

5.2. Fuerza ejecutiva de las resoluciones

En torno a la fuerza ejecutiva, el Reglamento 2019/1111 contiene un régimen doble: régimen o sistema ordinario (arts. 34-41) y un régimen privilegiado (arts. 42-50). En ambos casos, como ya se ha indicado, se elimina la obligatoria obtención de la declaración de ejecutividad, si bien se refuerza el sistema de certificados, así como se confiere, como veremos, mayor control a la autoridad del EM requerido.

5.2.1. Régimen para las resoluciones «ordinarias»

Se regula, de forma general, en las Subsecciones 2.^a, 3.^a y 4.^a de la Sección 1.^a del Capítulo IV. Su ámbito de aplicación material proyecta su regulación a las resoluciones (un fallo, una orden o una resolución: art. 2.1), que sean ejecutivas dictadas en un EM en materia de responsabilidad parental (esto es, las materias incluidas en el art. 1.2 del Reglamento 2019/1111)⁸⁹. Es posible declarar provisionalmente ejecutivas las resoluciones en materia de derecho de visita, aunque sean susceptibles de recurso en el EM de origen (art. 34.2).

Como ya apuntamos en el inicio de este trabajo, están incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento 2019/1111 y les será aplicado el régimen ordinario: tanto a las decisiones de restitución adoptadas en aplicación del CLH de 1980 en un EM para ejecutarse en un segundo EM [art. 2.1.a)]; como las medidas provisionales, incluidas las cautelares, adoptadas por la autoridad competente para resolver sobre el fondo del asunto o las dictadas conforme al art. 27.5 [en este caso será posible la ejecución si se adoptó citando al demandado o si se acredita que se le notificó la resolución, art. 35.2.c)]. En ambos casos el certificado que tendrá que emitirse será el contenido en el Anexo IV.

En relación a los motivos de denegación de la ejecución, son los indicados en el art. 39 a los que hay que sumar la posibilidad de denegar la ejecución en base al apdo. 6 del art. 56. En referencia a los documentos, quien solicita la ejecución habrá de aportar, al igual que para el reconocimiento, la copia de la resolución y el certificado expedido por la autoridad competente (art. 35.1).

⁸⁸ En el certificado que habrá de expedirse contenido en el Anexo III se hace referencia expresa al derecho de audiencia del menor.

⁸⁹ Por ejemplo, no será necesaria la declaración de ejecutividad en el caso de resoluciones que impliquen el acogimiento transfronterizo de menores, asunto C-92/12 PPU, ECLI:EU:C:2012:255 (párrs. 119, 120 y 133).

5.2.2. Régimen para las resoluciones «privilegiadas»

La Sección 2.^a (arts. 42-50) incluye un régimen de reconocimiento y ejecución especial para determinadas resoluciones. En particular, se aplica a las resoluciones que conceden derechos de visita y a las resoluciones que hayan sido dictadas en base al art. 29.6 y que para su efectivo cumplimiento impliquen la restitución de un menor (véase, *supra*, epígrafe 4.2). Este régimen privilegiado no excluye la posibilidad de que la parte interesada pueda optar por las previsiones de la Sección 1.^a del Capítulo IV para el reconocimiento de las citadas decisiones.

Los *certificados* que han de acompañar a la copia de las resoluciones son: para las resoluciones en materia de derecho de visita el Anexo IV, y para las decisiones adoptadas en base al art. 29, el certificado del Anexo VI. La emisión de los certificados en la lengua de la resolución a la que acompañan puede requerir traducciones que podrá pedir la autoridad del EM requerido al solicitante de la ejecución (art. 46.2 y 3).

A diferencia del RBII bis, en el articulado del Reglamento 2019/1111 y para las decisiones contenidas en el ámbito del art. 42, se prevé no solo la posibilidad de rectificación del certificado sino, en su caso, su revocación. Tanto una como otra, y ante la autoridad del EM de origen, pueden solicitarse a instancia de parte o proceder de oficio. La revocación podrá instarse cuando las condiciones de emisión establecidas en el art. 47 no se hubieran cumplido. A través del respeto de los requisitos de emisión del certificado se pretende garantizar la observancia de los derechos de audiencia, tanto de la parte afectada como en su caso la garantía de que se ha dado al menor el derecho a expresar su opinión. Junto a lo anterior es obligatorio que la autoridad de la residencia habitual del menor haya apreciado las razones y los hechos por los que la autoridad competente dictó una orden de permanencia del menor en Estado al que fue trasladado basándose en el art. 13.1.b) o art. 13.2 CLH de 1980, y que permiten ahora a la autoridad de la residencia habitual dictar una decisión en base al art. 29.5 del Reglamento 2019/1111.

Los procedimientos de rectificación, revocación y posibles recursos frente a los certificados se regularán conforme al ordenamiento del EM de origen (art. 48.3). Una vez suspendida o limitada la fuerza ejecutiva de una resolución se prevé también la emisión de un certificado conforme al Anexo VII (art. 49).

A diferencia de las resoluciones no privilegiadas a las que les resultan aplicables los motivos de denegación del art. 39, tanto el reconocimiento como la ejecución de las resoluciones privilegiadas podrá denegarse solo en caso de que esta sea inconciliable con una medida dictada posteriormente bien en el EM requerido u otro EM o en el Estado no miembro de la residencia habitual del menor siempre que esta sea susceptible de reconocimiento en el EM donde se invoca el reconocimiento (art. 50) (véase también el epígrafe 5.2.3).

5.2.3. Disposiciones comunes sobre ejecución

La regulación de los procesos de ejecución conforme al derecho interno de los EM es el criterio principal, si bien se ha procedido a realizar una unificación en determinados aspectos. Tanto en las resoluciones privilegiadas como en las no privilegiadas para instar su ejecución en un EM distinto al que fueron adoptadas, se habrá de notificar el certificado correspondiente a la persona contra la que se insta la ejecución antes de la primera medida de ejecución; si la resolución no le hubiera sido notificada, se presentará junto al certificado. Además, el Reglamento 2019/1111 contiene referencias a las traducciones necesarias para salvaguardar los derechos de la parte contra la que se insta la ejecución (art. 55)⁹⁰.

Resulta novedoso y de gran interés la doble posibilidad de suspensión y denegación de la ejecución de la resolución por parte del EM de ejecución, bien de oficio, bien a instancia de parte. Ambas posibilidades se extienden tanto a ambos tipos de resoluciones, cobrando especial importancia en los supuestos de sustracción —y principalmente en las decisiones adoptadas sobre el fondo del asunto en base al art. 29.5— los apdos. 4 y 6 del art. 56. Tales situaciones se centran en el riesgo físico o psíquico que supondrá para el menor la ejecución de la decisión debido a los impedimentos temporales que hayan surgido después de la decisión o en virtud de otro cambio de circunstancias.

Prevé también el texto el supuesto de solicitud de denegación de la ejecución sometiéndose en lo no previsto en el Reglamento 2019/1111 al derecho interno del EM requerido. Se requiere la presentación ante la autoridad competente para la ejecución de los certificados, documentos y traducciones que para la solicitud de ejecución (art. 59). La necesidad de que se tramiten de forma acelerada, los recursos e impugnaciones, como en su caso la suspensión del procedimiento se regula a lo largo de los arts. 60 a 63.

La última sección, la cuarta, se dedica a la circulación de los *documentos públicos y de los acuerdos* que hayan sido registrados con una extensa regulación que ocupa los arts. 64 a 68. La definición de documentos y principalmente por la novedad de acuerdos se encuentra en el art. 2.1 (véase, *supra*, epígrafe 2). Rasgos destacados: vinculación a las normas de competencia directa del Reglamento⁹¹; la autoridad que podrá registrar el acuerdo tiene que ser comunicada por cada EM a la Comisión; se excluye la necesidad, en el caso de acuerdos sobre responsabilidad parental, de la declaración de ejecutividad.

⁹⁰ En relación a las distorsiones que pueden aparecer con la regulación que se hace en el Derecho interno español, véase PARDO IRANZO, V., *op. cit.*, nota 82, p. 7; *id.*, *La supresión del exequátur. Libre circulación de títulos ejecutivos en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 77-80.

⁹¹ Normas de competencia directas que tendrán que ser respetadas dado que en fase de reconocimiento el art. 69 prohíbe el control de la competencia, si bien no se refiere, de forma expresa, al orden público del art. 68 en sus dos apartados en relación con las normas de competencia contenidas en los arts. 3 a 14.

Se arbitra un sistema de certificados por separado: para caso de divorcio, separación, nulidad, Anexo VIII, y para la materia de responsabilidad parental Anexo IX. Se establecen, por tanto, condiciones uniformes para la emisión de los certificados, y si este no se ha expedido, el acuerdo o documento no se reconocerá o ejecutará conforme al Reglamento 2019/1111. Se incorpora la posibilidad de rectificación o revocación del certificado emitido, la opción de revocación se producirá cuando no se hayan respetado las condiciones de su emisión.

Los motivos de denegación del reconocimiento de los documentos públicos o de los acuerdos se enumeran en el art. 68.1 para aquellos sobre divorcio, separación y nulidad y art. 68.2 y 3 para responsabilidad parental⁹².

Debe de garantizarse el cumplimiento del derecho del menor a ser oído (art. 68.3); si bien la redacción de considerando 39 parece matizar este aspecto cuando establece que este derecho no supone una obligación absoluta, sino que debe de evaluarse teniendo en cuenta el interés del menor; en particular, por ejemplo, cuando hay acuerdo de las partes. Lo que lleva a inclinarse por que en estos casos la audición del menor se impone, pero de forma excepcional.

6. COOPERACIÓN ENTRE AUTORIDADES

Se dedican dos capítulos: el V, en relación con la cooperación entre autoridades en materia de responsabilidad parental, y el VI, que versa sobre disposiciones generales en el tratamiento de las solicitudes en el ámbito de los Capítulos III a V.

Con el fin de potenciar la cooperación entre autoridades el Reglamento 2019/1111 incorpora una normativa mucho más sólida y desarrollada. La búsqueda de una base jurídica que refuerce la intervención de las autoridades centrales ha sido una de las ideas básicas que provocó un cambio de redacción⁹³. Se pretende proporcionar a las autoridades centrales la fundamentación necesaria para que puedan adoptar medidas concretas en relación con supuestos específicos⁹⁴. Así, se determina la ejecución de funciones generales de cooperación también para promover la cooperación entre autoridades competentes de sus territorios (art. 77), funciones especiales para determinados supuestos (art. 79), se organiza el canal de petición de solicitudes de cooperación (art. 78); intercambio de información con elaboración de informes concretos (art. 80). A efectos prácticos se introduce la posibilidad de solicitar

⁹² Hay que añadir la previsión del art. 69 sobre la prohibición del control de la competencia del órgano jurisdiccional del EM de origen.

⁹³ Página 5 de la *Propuesta de Reglamento del Consejo 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* (refundición), Bruselas, 30 de junio de 2016, COM (2016) 411 final, p. 5.

⁹⁴ Resulta de interés la explicación que se da en torno a la posibilidad de requerir cooperación —emisión de un informe por una autoridad nacional— pudiendo prescindir de los requisitos que la legislación nacional establezca. Se trata textualmente de una obligación creada por el Reglamento, p. 18.

ayuda a la hora de hacer eficaces resoluciones en materia de responsabilidad parental en otro EM (art. 81).

Destacan en el sistema de cooperación entre autoridades las mejoras en la reglamentación de los acogimientos transfronterizos. El Reglamento diferencia entre los acogimientos que han de pasar por las previsiones del art. 82 de aquellos que quedan excluidos del precepto, pero están incluidos en el ámbito material del texto (véase, *supra*, epígrafe 1).

Entre las novedades destacamos la unificación que se ha producido en torno a⁹⁵: 1.º) El cauce único de transmisión de las solicitudes: todo ha de tramitarse a través de las autoridades centrales de los distintos EM. 2.º) Documentación que ha de presentarse y traducciones: de un lado, se introduce la obligatoriedad de transmitir un informe con los motivos del acogimiento, la duración del mismo, con cualquier dotación financiera y otros aspectos que crean convenientes; de otro lado, la obligatoriedad de traducción de los documentos al idioma del EM requerido o a aquel que este Estado haya aceptado. 3.º) La obligatoria aceptación y el tiempo de respuesta: es vinculante la aprobación de la autoridad del EM requerido para que la medida pueda realizarse y, además, ha de obtenerse antes de su ejecución; la autoridad central del EM requerido habrá de aprobar o denegar la propuesta en un máximo de tres meses —nada se dice en torno a si ha de fundamentar su negativa o no—.

Por último, el Capítulo VI, en el que se recogen disposiciones generales relativas a la cooperación que se aplicarán a las peticiones que se hagan conforme a los Capítulos III, IV y V.

7. CONCLUSIONES

El Reglamento 2019/1111 no es un instrumento de nuevo cuño. En su articulado se han incorporado modificaciones para corregir el incorrecto funcionamiento de algunos aspectos o paliar las carencias demostradas en la aplicación práctica del texto anterior. En definitiva, es la política que se está siguiendo, por motivos diversos, con la adopción de textos que vienen a refundir a su antecedente.

El menor es el centro de la nueva regulación en uno de los instrumentos más importantes que, en el marco de la cooperación judicial civil, se han elaborado en el ámbito del derecho de familia internacional. Esta afirmación se ha demostrado a través de las innovaciones analizadas, centradas casi en su totalidad, en el ámbito de las reglas relativas a la responsabilidad parental, así como en la sustracción internacional de menores; cuestión distinta es hasta qué punto se alcanza la protección de su interés por mucho que este se predique en numerosas normas del texto.

⁹⁵ Hay aspectos que quedan completados en los considerandos 83 a 85 y que no se mencionan en el articulado; por ejemplo, la necesidad de tramitar un nuevo requerimiento de aprobación cuando el acogimiento haya agotado el tiempo para el que se aprobó en la solicitud y sea necesario prorrogarlo.

Además de este elemento, centrado en tratar de reforzar el espíritu protector del texto, se coligen otros que resultan del estudio que se ha hecho del Reglamento 2019/1111:

Apuesta por la autonomía de la voluntad en la gestión de las crisis familiares. Lo anterior se refleja tanto en la resolución de los conflictos desde una perspectiva contenciosa, por ejemplo, en el marco de las reglas directas de competencia a través de la cláusula de elección de foro; como en la resolución de los conflictos impulsando, por ejemplo, como método de resolución la mediación, al considerarla de forma clara como mejor alternativa al proceso judicial. Esta idea de apostar por la autonomía está presente también en el refuerzo del régimen de circulación de determinados acuerdos concluidos por las partes. En definitiva, se trata de inclinar la balanza para la resolución de conflictos, entre la confrontación o el acuerdo, en favor de esta segunda opción. Ahora bien, en todos los casos el criterio de la autonomía de la voluntad se encuentra condicionado al cumplimiento del criterio que preside el texto el interés del menor, resultando únicamente viable la elección realizada por las partes cuando esta responde a dicho interés.

Elemento de simplificación, pero a su vez, y bajo una idea de control se ha producido una importante inflación regulatoria que en definitiva entorpece la consecución del objetivo simplificador. Así, de un lado, a la idea de simplificación responden en principio la eliminación de la declaración de ejecutividad extendida a lo largo del texto, o el elevado número de certificados que atienden a diversas situaciones. De otro lado, la minuciosa regulación de aspectos muy distintos como, por ejemplo, sobre el proceso de sustracción, o en torno al sistema de cooperación entre autoridades, se identifica con un espíritu de control, resultando de ello un texto muy centrado en los detalles cuya complejidad se ha incrementado.

Innovaciones o modificaciones que han querido responder a necesidades de la práctica y solo a través de ella se comprobará su eficacia. Una última reflexión de este estudio lleva a concluir que en el nuevo instrumento continúa presente la tensión entre la consecución de los objetivos de integración europea y de la mejor protección del *interés del menor*.

RESUMEN

EL REGLAMENTO (UE) 2019/1111 RELATIVO A LA COMPETENCIA, EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES EN MATERIA MATRIMONIAL Y DE RESPONSABILIDAD PARENTAL Y SOBRE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES (VERSIÓN REFUNDIDA): PRINCIPALES NOVEDADES

El Reglamento 2019/1111, aplicable desde agosto de 2022, es quizá el texto más importante de la cooperación judicial civil en el Derecho de familia internacional dentro del espacio judicial europeo. Su importancia en la práctica diaria conlleva la necesidad de conocer las novedades de un texto que presenta una gran extensión y, en algunos momentos, de no fácil lectura. La Unión Europea se ha esforzado por traer un documento donde se trata de

equilibrar: de un lado, la ansiada confianza mutua, que permita la integración necesaria en la construcción de un espacio judicial europeo, y de otro lado, la protección del interés del menor, como principio que actúa en distintos niveles.

Palabras clave: Reglamento 2019/1111, divorcio, separación y nulidad matrimonial, responsabilidad parental y medidas de protección, sustracción internacional de menores en la Unión Europea.

ABSTRACT

REGULATION (UE) 2019/1111 ON JURISDICTION, RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF DECISIONS IN MATRIMONIAL MATTERS AND THE MATTERS OF PARENTAL RESPONSIBILITY, AND ON INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION (RECAST): PRINCIPAL INNOVATIONS

The Council Regulation 2019/1111 will become fully applicable in August 2022. This text is perhaps the most important legal Regulation of the civil cooperation in the European Judicial Area in international family matters. Its importance in daily practice entails the need to know the improvements of a very long Regulation that in some moments is not easy to read. The European Union has endeavored to bring a document that tries to balance, on the one hand, the long-awaited mutual trust, that allows the necessary integration in the construction of the European judicial area, and on the other hand, the protection of the best interest of child as a principle that acts at different levels.

Keywords: Regulation 2019/111, divorce, legal separation and marriage annulment, parental responsibility and protection of minors, international child abduction in the European Union.

LA NUEVA GUÍA DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS Y EL DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES (PARTE II)

José Antonio MORENO RODRÍGUEZ*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. ESTRUCTURA DE LA GUÍA.—3. INTRODUCCIÓN, CONTEXTO Y ANTECEDENTES DE LA GUÍA.—4. APERTURA HACIA EL DERECHO UNIFORME.—5. ALCANCE DE LA GUÍA.—6. DERECHO NO ESTATAL.—7. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.—8. ELECCIÓN EXPRESA Y TÁCITA.—9. VALIDEZ FORMAL DE LA ELECCIÓN DEL DERECHO.—10. *PACTUM DE LEGE UTENDA*.—11. SEPARABILIDAD.—12. OTROS PROBLEMAS DE ELECCIÓN DEL DERECHO.—13. AUSENCIA DE ELECCIÓN DEL DERECHO.—14. *DÉPEÇAGE*.—15. FÓRMULA DE INTERPRETACIÓN FLEXIBLE.—16. ALCANCE DEL DERECHO APLICABLE.—17. ORDEN PÚBLICO.—18. EXISTENCIA DE OTRAS CONVENCIONES O ESTADOS CON MÁS DE UN SISTEMA JURÍDICO.—19. CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo es la segunda parte del estudio integral de la nueva guía de la Organización de Estados Americanos (OEA). Si la primera parte

* Ll. M. Harvard, 1993. Vicepresidente del Comité Jurídico Interamericano de la OEA y Relator de la Guía de la OEA sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales. Miembro del Grupo de Trabajo de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado que elaboró los Principios de La Haya sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales, y Delegado ante la Comisión Especial que aprobó el documento. Miembro del Consejo de Gobierno de UNIDROIT y Presidente de su Grupo de Trabajo de Contratos de Inversiones en Tierras Agrícolas. Delegado ante la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUMDI) en diversas ocasiones. Anterior Presidente y Secretario General de la Asociación Americana sobre Derecho Internacional Privado (ASADIP). Ex Miembro de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI). Miembro de Comités de Anulación del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) y Árbitro en casos ante la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya (PCA), el Tribunal Arbitral del Deporte (TAS) y otros centros arbitrales. Profesor de la Academia de La Haya de Derecho Internacional, del CIDS-Ginebra, y profesor visitante de varias universidades como Heidelberg, París II, Buenos Aires, y otras. Autor de publicaciones en las Américas, Europa y Asia. Presidente del Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP). Miembro del estudio jurídico Altra Legal. Web personal: www.jmoreno.info. Todas las páginas web mencionadas en este estudio han sido consultadas el 13 de junio de 2020.

abordó los antecedentes históricos del documento y el proceso que llevó a su concreción, esta contribución se centrará en los rasgos principales del referido instrumento, el cual, entre otras cosas, aboga por una concepción amplia de la autonomía de la voluntad; propicia técnicas del derecho uniforme, como el recurso al derecho no estatal; se inclina por una fórmula abierta de conexión más cercana en ausencia de selección del derecho; recoge la tradición interamericana en favor de la aplicación flexible del derecho en el contexto internacional; y apunta a traer claridad con respecto al caótico tema del orden público en las transacciones transfronterizas.

2. ESTRUCTURA DE LA GUÍA

La guía se encuentra precedida de un *sumario de recomendaciones* en cuestiones de Derecho aplicable a los contratos internacionales, dirigidas a legisladores, juzgadores y las partes y sus asesores. Luego, contiene un *listado de abreviaciones* y otro *listado de términos en latín y otros lenguajes* utilizados en el documento. A continuación, se lee la parte medular del documento, que es la *guía en sí*. Al final, se encuentran diversos *anexos* con: una tabla comparativa entre la Convención de México y los Principios de La Haya; otra tabla de reconciliación entre los textos oficiales en español, inglés y francés en los que se encuentra formulada la Convención de México; y, por último, una tabla de legislaciones, una tabla de casos y un listado de bases de datos y otras fuentes electrónicas utilizadas para la elaboración de diversas partes de la guía.

3. INTRODUCCIÓN, CONTEXTO Y ANTECEDENTES DE LA GUÍA

En la parte medular de la guía, la *introducción explicativa* de los objetivos perseguidos (*parte primera*), se encuentra seguida por su *contexto y antecedentes* (*parte segunda*), donde se refieren los principales métodos del Derecho internacional privado y se relatan los antecedentes codificadores en las Américas y el mundo, entre los que resaltan en materia contractual los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, el Código Bustamante de 1928, el Convenio de Roma de 1980, la Convención de México de 1994 y los Principios de La Haya de 2015. Un entendimiento básico de estos desarrollos resulta importante debido a la influencia de estos instrumentos —incluso recíproca— a través del tiempo. Además, los mismos han tenido incidencia significativa en el desarrollo de legislaciones domésticas en las Américas.

4. APERTURA HACIA EL DERECHO UNIFORME

La *parte tercera* de la guía describe los *avances recientes del llamado método uniforme*, sobre todo a partir de la labor homogeneizadora encarada por el

Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI), además de esfuerzos del sector privado y de otros desarrollos del mundo arbitral. No debe perderse de vista que UNIDROIT, creada en 1926 bajo los auspicios de la Liga de las Naciones para modernizar y armonizar el Derecho privado del orbe, cuenta, entre sus 63 Estados miembros, a 13 que integran la OEA¹. La CNUDMI, establecida bajo la órbita de Naciones Unidas en 1966, persigue similares objetivos, y diversos países en las Américas han adoptado varios de sus instrumentos y también vinieron formando parte de la organización en el tiempo².

La guía de la OEA alienta a los legisladores, en el curso de sus revisiones a sus regímenes domésticos, a tener en cuenta los avances hechos en el método uniforme y a considerar el uso de instrumentos de derecho uniforme en conjunto con las reglas de conflictos de leyes como suplementarios y complementarios en la aplicación e interpretación del derecho comercial internacional³.

Dos instrumentos reciben particular destaque: los ya nombrados Principios UNIDROIT y la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*⁴. Este último instrumento reúne en un texto convencional de derecho uniforme principios, reglas, usos y costumbres aplicables al contrato preponderante del comercio internacional⁵, regulando aspectos relativos a su formación, así como derechos sustantivos del comprador y el vendedor y su cumplimiento e incumplimiento⁶. Zimmerman llegó a calificarlo como «el convenio más escrupulosamente preparado

¹ Argentina (1972), Bolivia (1940), Brasil (1940), Canadá (1968), Chile (1951), Colombia (1940), Cuba (1940), México (1940), Nicaragua (1940), Paraguay (1940), Estados Unidos (1964), Uruguay (1940), Venezuela (1940). Membresías actuales de UNIDROIT encontradas en <https://www.UNIDROIT.org/about-UNIDROIT/membership>.

² Véase <https://www.uncitral.org>.

³ Suelen ser utilizados indistintamente los términos unificación y armonización. Sin embargo, en puridad, *unificación* implica la adopción de normas jurídicas comunes en más de un país o región, en tanto que *armonización* denota mayor flexibilidad, pues no alude necesariamente a textos uniformes, sino a la aproximación de criterios jurídicos apoyándose en bases comunes, leyes modelos o doctrinas uniformes. Véase FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., *Ius Mercatorum, Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*, Madrid, Editorial Colegios Notariales de España, 2003, pp. 160-161.

⁴ Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, adoptada el 11 de abril de 1980, entró en vigor el 1 de enero de 1988, 1489 UNTS 3.

⁵ Véase GARRO, A. y ZUPPI, A., *Compraventa internacional de mercaderías*, Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 1990, pp. 43 y ss.

⁶ Véase Nota Explicativa de la Secretaría de UNCITRAL acerca de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, disponible en <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/CISG-s.pdf>. Quedan excluidas cuestiones como contratos de distribución, concesión, agencia y franquicia, así como contratos de *know-how* que no se encuentran incorporados a un medio físico. Tampoco se incluyen la venta de compañías ni la venta de derechos, por no ser el objeto de estos contratos mercaderías. Se consideraría regido por la Convención, sin embargo, el supuesto poco usual de una cesión de activos de una empresa cuyos activos estén compuestos exclusivamente de bienes mobiliarios como maquinarias y materias primas. Sobre esto, y para otras exclusiones, véase SCHWENZER, I. (ed.), *Schlechtriem & Schwenzler: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3.^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 35-60.

y significativo para la unificación del Derecho privado»⁷, y el instrumento —según Goode— se ha convertido en el prototipo de las disposiciones generales de casi toda la legislación subsiguiente en materia de comercio internacional⁸. Debe considerarse que las normas de la llamada «parte general» en materia de contratos extraen gran parte de sus preceptos del contrato de compraventa. A su vez, los Principios UNIDROIT constituyen —está visto— una reformulación de la parte general contractual, tratando temas relativos, entre otros, a la formación, validez, interpretación, contenido, cumplimiento e incumplimiento del contrato. Fueron pensados para interactuar con la Convención de Viena, y en efecto, en sus notas al pie, solo existen alusiones explícitas a este cuerpo legal.

La *parte cuarta* de la guía describe el *método de interpretación uniforme* tratándose de textos internacionales, tanto en materia de conflicto de leyes como de derecho uniforme. De hecho, la aproximación de normas no es suficiente. Cuando se adoptan convenciones internacionales armonizadoras, la homogeneización pretendida puede frustrarse si la interpretación de sus normas se realiza a la luz de conceptos domésticos y no desde una perspectiva comparativa. La guía consecuentemente alienta a los jueces y árbitros a considerar las ventajas del método de interpretación uniforme, y a tener en cuenta el desarrollo de la jurisprudencia internacional a este respecto. La guía también alienta a las partes contratantes y sus asesores jurídicos a permanecer informados de los desarrollos relativos a la interpretación uniforme que pueda ser aplicada a sus contratos internacionales⁹. Ello puede ocurrir incluso con relación al derecho doméstico como, por ejemplo, se registra recurrentemente cuando los juzgadores utilizan los Principios UNIDROIT para la interpretación y reinterpretación de los derechos nacionales, según lo constatado por una investigación reciente en el marco de la *International Academy of Comparative Law*¹⁰, entre otros trabajos.

5. ALCANCE DE LA GUÍA

La *parte quinta* se relaciona con el *alcance de la guía*, que se extiende a los contratos comerciales internacionales, y a *temas que se encuentran excluidos*, como los relacionados a capacidad, relaciones familiares y sucesorias, insolvencia y otras. La exclusión obedece a que existe divergencia en el Derecho

⁷ No por casualidad constituye un modelo para la propuesta de reforma del Derecho de obligaciones alemán (ZIMMERMANN, R., *Estudios de Derecho Privado Europeo*, Madrid, Civitas Ediciones, 2000, p. 119).

⁸ GOODE, R., «International Restatements of Contract and English Contract Law 1997-1», *Uniform Law Review*, 231, p. 236.

⁹ Advierte, sin embargo, la guía que deberían tomarse en consideración instrumentos aplicables al caso específico en caso que provean una decisión distinta y que también juzgadores en algunas jurisdicciones podrían no seguir esta interpretación liberal abogada por el instrumento.

¹⁰ GARRO, A. M. y MORENO RODRÍGUEZ, J. A. (eds.), *Use of the UNIDROIT Principles to Interpret and Supplement Domestic Contract Law*, Springer International Publishing, 2021, <https://www.springer.com/gp/book/9783030543211>.

comparado en calificar o no a algunas de ellas como «contractuales» o en determinar si, a su respecto, debería regirlas el sistema de la autonomía de la voluntad¹¹.

Como la guía se relaciona con *contratos comerciales*, aunque en algunos sistemas se haga la distinción entre contratos «civiles» y «comerciales», no es esa la intención del instrumento, sino la de excluir a los «contratos de consumo», frecuentemente regidos por normas imperativas dentro de legislaciones de «protección al consumidor», y «contratos de trabajo» que usualmente se sujetan a reglas especiales del Derecho laboral.

Si bien la guía no fue pensada para contratos de inversiones, bien podría mostrarse también de utilidad en temas relacionados a los mismos. Bischoff arguyó en un trabajo reciente cómo los Principios de La Haya, por ejemplo, pueden ser tenidos en cuenta, con provecho, para cuestiones relativas a inversiones¹², y el comentario —por supuesto— se puede hacer extensivo a la guía.

La determinación del carácter *internacional* del contrato presenta desafíos que han sido abordados de manera diferente¹³. Documentos regulatorios recientes tanto en el tema contractual como arbitral usan el término *internacional* en sentido bien amplio. En general, es suficiente que las partes se hayan establecido o tengan residencia en diferentes jurisdicciones, o que el lugar del cumplimiento o del objeto contractual se encuentre fuera del Estado donde se hallen establecidas las partes. La guía sigue este enfoque amplio.

6. DERECHO NO ESTATAL

La *parte sexta* aborda la compleja problemática del *derecho no estatal* y diversas terminologías alusivas como *usos, costumbres y prácticas, principios y lex mercatoria*.

¹¹ Así lo establece el comentario oficial al art. 1.3 de los Principios de La Haya. La exclusión de estos temas se encuentra en línea con lo estatuido por el art. 1, parágrafo 2, del Reglamento Roma I, y el art. 5 de la Convención de México.

¹² ASMUS BISCHOFF, J., «Conflict of Laws and International Investment Arbitration», en FERRARI, F. y KRÖLL, S. (eds.), *Conflict of Laws in International Commercial Arbitration*, Nueva York, NYU Center for Transnational Litigation, Arbitration and Commercial Law, 2019, Capítulo 20.

¹³ Un enfoque considera que las partes contratantes residen habitualmente o están domiciliadas o establecidas en Estados diferentes. Un enfoque alternativo se basa en la transferencia de mercaderías de un Estado a otro o que la oferta y aceptación tengan lugar en dos Estados distintos, o que el lugar de la formación del contrato tenga lugar en un Estado y su ejecución en otro. BOGGIANO, A., *Derecho Internacional Privado*, Tratado, t. II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 371. Un pronunciamiento italiano hace alusión a estos dos criterios como alternativos (Corte di Cassazione, *Ministero degli Esteri v. Alenia Marconi System S.p.a.*, caso 18460, año 2004). Una posición más amplia considera que la existencia de algún elemento extranjero internacionaliza el contrato. Véase LORENZO IDIARTE, G. A., «¿Cuándo un Contrato es Internacional? Análisis Desde una Perspectiva Regional», en KLEINHEISTERKAMP, J. y LORENZO IDIARTE, G. A. (coords.), *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina*, Montevideo, Liber Amicorum Jürgen Samtleben, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2002, pp. 105 y ss. También existen criterios mixtos, como los que se siguen, por ejemplo, en la Convención Relativa a una Ley Uniforme sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías y la Convención Relativa a una Ley Uniforme sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías.

Los Principios de La Haya optaron por la expresión *normas de derecho*, como equivalente al derecho no estatal y otros términos referidos a esta cuestión¹⁴, para aprovechar el extraordinario desarrollo casuístico y doctrinal en el mundo del arbitraje con respecto a esta terminología en las pasadas décadas¹⁵. La frase fue también adoptada por la Ley Modelo de la CNUDMI de 1985¹⁶, que se hizo eco de la terminología utilizada en las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI de 1976 (modificadas en el año 2010)¹⁷, reglamento que inspiró a otros a lo ancho del orbe¹⁸. Las leyes domésticas de numerosos países de Latinoamérica también usan la expresión «normas de derecho»¹⁹.

La guía adopta la expresión *normas de derecho*, alusiva al derecho no estatal, y aboga por que los regímenes domésticos relativos a los contratos internacionales reconozcan y clarifiquen su alcance.

En este tema, la Convención de México había ido más allá que el Convenio de Roma de 1980. El instrumento interamericano muestra una apertura hacia el derecho no estatal que puede remontarse a los trabajos preparatorios²⁰. Sin embargo, el texto no se encuentra libre de caos terminológico, existente

¹⁴ Véase Comentario Oficial de la CNUDMI al art. 28. También véase el reporte del GT de la CNUDMI, reunión 18, marzo de 1985 (A/CN.9/264, pp. 60-63).

¹⁵ El autor de este artículo tiene conocimiento personal de esto debido a su participación en las deliberaciones sobre este punto.

¹⁶ Anteriormente usado en el art. 42 del Convenio de Washington sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones del 1965 y las leyes arbitrales de Francia y Yibuti.

¹⁷ Reglas de Arbitraje de la CNUDMI (1976), adoptadas por la Asamblea General de la ONU el 15 de diciembre, 1976, UN Doc. A/RES/31/98; UNCITRAL Arbitration Rules (as revised in 2010), adopted by the UN General Assembly on December 6, 2010, UN Doc. A/RES/31/98; Texto disponible en: <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/contractualtexts/arbitration>.

¹⁸ BARCELÓ, J. J., VON MEHREN, A. y VARADY, T., *International Commercial Arbitration: a Transnational Perspective*, 4.^a ed., St. Paul, Minn., Thomson Reuters, 2009, p. 70.

¹⁹ Por ejemplo, véanse las siguientes: en Brasil, art. 2 de la Ley 9307 de 1996 sobre Arbitraje; en Costa Rica, art. 22 de la Ley 7727 de 1997 —Ley sobre resolución alterna de conflictos y promoción de la paz social— y el art. 28 de la Ley 8937 de 2011 —Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional—; en Chile art. 28.4 de la Ley 19971 de 2004 —Arbitraje Comercial Internacional—; en El Salvador, arts. 59 y 78 del Decreto Legislativo 914 de 2002 —la Ley sobre Mediación, Conciliación y Arbitraje—; en Guatemala, art. 36.3 de la Ley 67 de 1995 —Ley de Arbitraje; en Nicaragua—, art. 54 de la Ley 540 de 2005 —Mediación para Arbitraje—; en Perú, art. 57.2 de la Ley 1071 de 2008 —Ley Arbitraje—; en la República Dominicana, art. 33.4 de la Ley 489 de 2008 —Arbitraje Comercial—; en Paraguay, art. 32 de la Ley 1879 de 2002 —Arbitraje y Mediación—, y en Venezuela, la última parte del art. 8 de la Ley de Arbitraje Comercial de 1998.

²⁰ OEA/Ser. K/XXI.5, CIDIP-V/doc.32/94 rev. 1, 18 de marzo de 1994, p. 3; OEA/Ser.K/XXI.5, CIDIP V/14/93, 30 de diciembre de 1993, pp. 28 y 30. A pesar de que el instrumento no es explícito en este punto, José Luis Siqueiros, quien preparó el borrador, escribió en un artículo subsiguiente que el instrumento habla del *derecho aplicable* en lugar de la *ley aplicable*, no porque sea una mejor expresión, sino esencialmente para clarificar que la intención es cubrir a los usos internacionales, a los principios del comercio internacional, a la *lex mercatoria*, y a expresiones similares. SIQUEIROS, J. L., «Los Principios de UNIDROIT y la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales», *Contratación Internacional, Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Panamericana, 1998, p. 222. La opinión de Siqueiros se encuentra respaldada por otros renombrados juristas que participaron en las negociaciones de la Convención de México, incluyendo al delegado estadounidense Friedrich Juenger y al mexicano Leonel Pereznieto Castro. Véanse JUENGER, F. K., «Los Principios de UNIDROIT y la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales», *Contratación Internacional, id.*, p. 235; PEREZNIETO CASTRO, L., «Los Principios de

al momento de su redacción, y también ha creado ciertas controversias que la guía apunta a clarificar usando a los Principios de La Haya como norte²¹.

Además, la guía alienta a avanzar sobre el *status quo*, como lo hacen los Principios de La Haya²², admitiendo el derecho no estatal no solo en el ámbito arbitral sino también en el judicial. La novel legislación paraguaya se encaminó en esta dirección.

La guía también sigue a los Principios de La Haya, según los cuales las normas de derecho deben estar «aceptadas generalmente como un conjunto de normas neutral y balanceado en un plano internacional, supranacional o regional». El requerimiento de «neutralidad» clama por un cuerpo de normas capaz de resolver los problemas comúnmente encontrados en los contratos internacionales, en tanto que el requisito de «normas balanceadas» fue establecido para encarar el problema del poder negociador inequitativo que lleva a la aplicación de normas injustas o inequitativas. A su vez, la frase «conjunto de normas generalmente aceptadas» tiende a disuadir a las partes de que elijan categorías vagas o inciertas como normas de derecho²³.

En el estado actual de cosas, la aplicabilidad de los Principios UNIDROIT como derecho no estatal, si son elegidos por las partes, claramente emerge tanto de los Principios de La Haya como de la guía. Lo propio ocurre con la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías²⁴, que puede por ejemplo ser elegida por las partes aun cuando no fuera aplicable al caso bajo sus propios términos.

7. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

La parte séptima de la guía aborda el problema de la *autonomía de la voluntad* en materia de contratación internacional. Se trata allí en exclusiva la cuestión de la libertad para elegir el derecho aplicable, y no la del poder de las

UNIDROIT y la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos», *Contratación Internacional*, *id.*, pp. 210-212.

²¹ El art. 9, párr. 2, de la Convención de México se refiere a «los principios generales del Derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales». Similarmente, el art. 10 se refiere a «las normas, las costumbres y los principios del Derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación». Varios de estos términos utilizados en esos artículos son problemáticos. No queda claro a qué «organizaciones internacionales» se refiere el art. 9 o si el término está restringido a organizaciones intergubernamentales como la CNUDMI y UNIDROIT, o si incluye a entidades no gubernamentales como la CCI. Otras expresiones usadas en el art. 10, como costumbres, usos y prácticas, también permanecen indefinidas.

²² GAMA, J. R. y SAUMIER, G., «Non-State Law in the (Proposed) Hague Principles on Choice of Law in International Contracts», *El Derecho internacional privado en los procesos de integración regional*, Jornadas de la ASADIP 2011, San José, Costa Rica, 24-26 de noviembre, ASADIP y Editorial Jurídica Continental, San José, 2011, pp. 62-63.

²³ Véase PERTEGÁS, M. y MARSHALL, B. A., «Harmonization Through the Draft Hague Principles on Choice of Law in International Contracts», *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 39, 2014/3, pp. 997-998.

²⁴ Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, adoptada el 11 de abril de 1980, entró en vigor el 1 de enero de 1988, 1489 UNTS 3.

partes de seleccionar la jurisdicción arbitral o estatal que tendrá competencia en casos de existir una controversia. En el plano global, este último problema se encuentra contemplado en la Convención de Nueva York y en el Convenio de La Haya sobre Elección de Foro adoptado en el 2005.

Claramente, la autonomía de la voluntad confiere certeza sobre el derecho aplicable además de acomodarse mejor a las vicisitudes del accionar transfronterizo, puesto que nadie se encuentra mejor posicionado que las partes para evaluar cuál derecho les resultará más apropiado para regirlas, en vez de que lo hagan, en su nombre, un legislador de antemano o un juzgador ulteriores, si el caso va a litigio²⁵. No tener reconocida la libertad contractual, por lo demás, genera incentivos a las partes de «hacer *shopping*» para seleccionar foros que —según anticipen— aplicarán sus reglas de conflicto de manera favorable a sus intereses por aceptar el principio autonomista²⁶.

La autonomía de la voluntad para elegir el derecho aplicable a los contratos internacionales era, a comienzos del siglo xx, «una cuestión altamente contenciosa en ambos lados del Atlántico»²⁷. Aún hoy se registra un rechazo al principio de la autonomía de la voluntad, o dudas sobre su vigencia, en algunos países de la región latinoamericana²⁸.

Ahora, a pesar de que la autonomía de la voluntad se encuentra aceptada en gran parte de los países del mundo y en numerosos Estados de las Américas, existen aún desacuerdos sobre sus modalidades, parámetros y limitaciones. Estos desencuentros incluyen, por ejemplo, el método de elección —que puede ser expresa o tácita—, a si debe o no existir una conexión entre el derecho elegido y los derechos domésticos de las partes contratantes; a si problemas extracontractuales pueden estar incluidos en la elección de derecho aplicable; a qué Estado puede, en su caso, imponer limitaciones sobre elección de derecho aplicable; y si se puede optar por la aplicación de derecho no estatal. Estas cuestiones son abordadas en la guía.

La autonomía de la voluntad se encuentra contemplada en algunas vetustas legislaciones de las Américas sobre conflicto de leyes, planteando así dudas sobre su aplicación en el ámbito judicial. Sin embargo, en el arbitra-

²⁵ Queda fortalecida así la seguridad jurídica que debería predominar en transacciones comerciales (VISHER, F., «General Course on Private International Law», *Recueil des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1992, I, t. 232 de la colección, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 126; también pp. 132 y ss.).

²⁶ PERTEGÁS, M. y MARSHALL, B. A., *op. cit.*, p. 977; CALVO CARAVACA, A.-L. «Private International Law of the European Union: Values and Regulatory Principles», *Liber Amicorum Angelo Davi*, vol. I, Nápoles, 2019, pp. 45-48.

²⁷ PERTEGÁS, M. y MARSHALL, B. A., *op. cit.*, p. 976.

²⁸ Es cierto que el MERCOSUR desde temprano admitió la autonomía de las partes para la selección del foro, con la suscripción del Protocolo de Buenos Aires de 1994 sobre jurisdicción internacional en materia de contratos. Sin embargo, en cuanto se admite en el bloque, de manera amplia, que las partes puedan elegir al juez o árbitro, no ocurre lo propio —está visto— con la selección del Derecho aplicable, o al menos hay confusión sobre el tema. Así lo expresa, por ejemplo, TONIOLLO, J. A., «Reflexiones acerca del Derecho Internacional Privado Latinoamericano: Especial Referencia al Ambito del MERCOSUR», en KLEINHEISTERKAMP, J. y LORENZO IDIARTE, G. A. (coords.), *op. cit.*, pp. 439-440.

je, el principio se encuentra reconocido en la Convención de Nueva York de 1958, en la *Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional* («Convención de Panamá») de 1975²⁹, y en la *Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros* («Convención de Montevideo») ³⁰. De los 35 Estados miembros de la OEA casi todos han ratificado la Convención de Nueva York, 19 han ratificado la Convención de Panamá³¹ y 10 han ratificado la Convención de Montevideo³². A su vez, la Ley Modelo de la CNUDMI reconoce el principio de la autonomía de la voluntad en su art. 28 (1), mientras que su comentario resalta su importancia, debido a que varias legislaciones domésticas no reconocen ese poder de manera clara o completa. Gran parte de las leyes arbitrales latinoamericanas siguen a la ley modelo en esta solución³³.

En definitiva, el problema de la autonomía de la voluntad debe entenderse superado en la gran cantidad de países latinoamericanos que modernizaron sus derechos arbitrales³⁴. Sin embargo, se presenta en algunas jurisdicciones el sinsentido que por el simple hecho de pactar arbitraje puede elegirse el Derecho de fondo aplicable a un contrato internacional, en tanto que no ocurre lo propio si uno no tiene pactada una cláusula arbitral. Esta situación resulta, obviamente, inaceptable.

8. ELECCIÓN EXPRESA Y TÁCITA

La autonomía de la voluntad presupone que las partes han querido efectivamente elegir el derecho aplicable a sus contratos. Las dudas surgen cuando ello no ha ocurrido en forma expresa, en cuyo caso el Derecho comparado ofrece diversas fórmulas. El Convenio de La Haya de 1955 «sobre Ley Aplicable a las Ventas de Carácter Internacional de Objetos Muebles Corporales» acoge una posición *restrictiva* en la que el juzgador deberá limitarse a

²⁹ Esta convención fue adoptada en la CIDIP I en ciudad de Panamá, firmada el 1 de enero de 1975 y entrada en vigor el 16 de junio de 1976.

³⁰ La Convención Interamericana sobre Validez Extraterritorial de Sentencias Extranjeras y Laudos Arbitrales, adoptada en Montevideo en la CIDIP-II, firmada el 8 de mayo de 1979 y entrada en vigor el 14 de junio de 1980.

³¹ <http://www.oas.org/juridico/english/signs/b-35.html>.

³² <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-41.html>.

³³ Este es el caso, por ejemplo, en Chile (art. 28 de la Ley 19.971 de 2004 sobre arbitraje comercial internacional); en Colombia (art. 101 de la Ley 1563 sobre arbitraje nacional e internacional); en Guatemala (art. 36.1 de la Ley de Arbitraje); en Panamá (art. 3 del Decreto Legislativo de 1999, estableciendo en régimen general del arbitraje, la conciliación y la mediación), reemplazado por la Ley 131 del 2013; en Perú (art. 57 del Decreto 1071, que regula el arbitraje); en Perú, para los contratos con el Estado, el arbitraje es obligatorio (art. 45.1 de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley 30225); en Brasil (art. 2 de la Ley 9307 de 1996); en Costa Rica (art. 28 de la Ley 8937 sobre arbitraje comercial internacional); en México (art. 1445 del Código del Comercio), y en Paraguay (art. 32 de la Ley 1879 de 2002 sobre arbitraje y mediación).

³⁴ Diversas aristas del problema se encuentran tratadas en la completa monografía siguiente: RIVERA, J. C., «Arbitraje Comercial Internacional: La cuestión de la ley aplicable al fondo del asunto», en SOTO, C. A. (dir.), *El Arbitraje en el Perú y el Mundo*, Lima, Ediciones Magna, 2008, pp. 249 y ss.

encontrar una aceptación «sin ambigüedad» en las cláusulas del contrato, excluyéndose la indagación de toda otra circunstancia exterior. Otra concepción, *amplia*, se encuentra en la Convención de La Haya de 1978 «sobre ley aplicable a los contratos de intermediarios y a la representación», según la cual el juez examinará no solo lo expresado en el contrato, sino que tendrá en cuenta, además, las circunstancias del caso que rodean a la celebración.

Las circunstancias del caso pueden ser tenidas también en cuenta tanto según el anterior Convenio de Roma de 1980 como según el actual Reglamento Roma I. Este último habla de una elección que resulte «de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso» (art. 3.1)³⁵. La voluntad tácita resulta cierta, por ejemplo, cuando se elige un contrato-tipo regido por un sistema jurídico particular³⁶; o cuando existe un contrato anterior donde hubo elección de derecho³⁷; o cuando se hace referencia a normas o leyes de un país determinado; o cuando un contrato forma parte de una serie de operaciones y se seleccionó un derecho para el acuerdo base sobre el que reposan los demás³⁸.

Dentro del mismo espíritu, la Convención de México prevé que la elección del Derecho debe ser expresa, o en todo caso debe manifestarse «en forma evidente», tanto «de la conducta de las partes» como «de las cláusulas contractuales consideradas en su conjunto» (art. 7), a cuyo efecto deberán ser objeto de consideración todos los puntos de contacto del contrato, como lugar de celebración y de ejecución, idioma, moneda, lugar de arbitraje o foro, por citar ejemplos³⁹. Esta última es también la solución finalmente adoptada

³⁵ El cambio terminológico con respecto al Convenio de Roma de 1980 tiene que ver con que se fortalece sobre todo la versión en inglés —y también la alemana— fraseadas como requiriéndose que una selección tácita debe ser «claramente demostrada» y no solo «demostrada con razonable certeza». Esto no apunta a cambiar el espíritu de la regulación anterior, sino simplemente a poner en línea la versión inglesa y la germana con el texto en francés del Convenio de Roma. HEISS, H., «Party Autonomy», en FERRARI, F. y LEIBLE, S. (eds.), *Rome I Regulation, The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Múnich, Sellier, 2009, p. 1.

³⁶ Así, la póliza de seguro marítimo de Lloyds de Londres hace presumir la sumisión al Derecho inglés, GIULIANO, M. y LAGARDE, P., «Informe Relativo al Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales», *DOCE C 327*, de 11 de diciembre de 1992. El informe se encuentra transcrito en ESPLUGUES MOTA, C. (coord.), *Contratación Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, comentario al art. 3.

³⁷ SANTOS BELANDRO, R., *El Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*, 2.ª ed., Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 1998, pp. 77-78.

³⁸ GIULIANO, M. y LAGARDE, P., *op. cit.* Bonomi refiere que los redactores del Convenio de Roma pretendieron distinguir entre elección tácita —es decir, elección que las partes ciertamente tenían en mente, aunque no lo declararon expresamente— y elección puramente hipotética —es decir, la que las partes habrían probablemente hecho si hubieran considerado la cuestión del derecho aplicable—. No obstante, en la práctica, la línea entre estas dos situaciones es más bien vaga; de hecho, los tribunales ingleses y alemanes son menos estrictos en descubrir elecciones tácitas que sus homólogos europeos [véase este tema y sus alternativas en BONOMI, A., «The Principles of Party Autonomy and Closest Connection in the Future EC Regulation “Rome I” on the Law Applicable to Contractual Obligations», en DREYZIN DE KLOR, A. y FERNÁNDEZ ARROYO, D. (dirs.), *DeCITA, derecho del comercio internacional, temas y actualidades*, Buenos Aires, Zavalía, 2005, pp. 335-336, quien nombra las decisiones alemanas del *Bundersgerichtshoff* de 1997 y 1999].

³⁹ La cuestión de la selección del Derecho aplicable fue objeto de arduo debate en las discusiones previas a dicha convención interamericana. Se prefirió finalmente que la elección tácita resulte «evidente», en vez de recurrirse a palabras como «notoria» o «inequívoca». Ello en el entendimiento de que

por los Principios de La Haya, que admiten la elección tácita, «en tanto lo sea de manera clara» (art. 4), desechándose una propuesta que se había formulado en el Grupo de Trabajo⁴⁰ de establecer un estándar de «intenciones manifiestamente claras», por entenderse que sería muy alto, en particular para ciertos Estados que requieren estándares menores para otros aspectos sustanciales del contrato⁴¹.

Dentro de la misma línea, la *parte octava* de la guía se refiere a la *elección expresa o tácita del derecho*, remarcando que de alguna forma la elección debe resultar evidente o surgir claramente de las disposiciones del contrato y sus circunstancias.

9. VALIDEZ FORMAL DE LA ELECCIÓN DEL DERECHO

La *parte novena*, sobre la *validez formal de la elección del Derecho*, expone que los acuerdos de elección de derecho aplicable pueden ser orales o vía comunicaciones electrónicas. La guía, así como los Principios de La Haya (en su art. 5), abogan fuertemente por un cambio de paradigma en esta cuestión, particularmente en Latinoamérica, en donde la forma escrita es un requisito en varias legislaciones domésticas.

Según la guía, los regímenes domésticos no deberían contener requisitos formales a no ser que las partes acuerden los mismos. Es más, los juzgadores, al determinar la validez formal de la elección de derecho aplicable, no deberían imponer ningún recaudo formal, a no ser que las partes los hayan pactado o si resultan requeridos por reglas imperativas aplicables. Sin embargo, las partes contratantes y sus asesores deben tomar en cuenta toda regla obligatoria que lidie con la validez formal que pudiera resultar aplicable.

10. PACTUM DE LEGE UTENDA

La *parte décima* de la guía se refiere al *derecho aplicable al acuerdo de elección del derecho*. Cuando hay selección, el derecho que gobierna al contra-

así quedará más claro que se apunta a que la elección la hagan las partes, «expresa» o «evidentemente», y no un tercero (el juzgador), en su lugar Herbert, citado por DE ARAÚJO, N., *Contratos internacionales*, 2.^a ed., Río de Janeiro, Librería e Editora Renovar Ltda., 2000, p. 181.

⁴⁰ Que elaboró los Principios de La Haya.

⁴¹ Prel. Doc. núm. 4 de 2012, Anexo III, p. 7. Accesible en www.hcch.net. En su segunda parte, la norma prevé que «un acuerdo entre las partes para otorgar competencia a un tribunal nacional o arbitral para resolver los conflictos vinculados al contrato no es equivalente de por sí a una elección de derecho aplicable». La fórmula contraría una posición extendida en el *common law*. Según Juenger, aunque las reglas digan lo contrario existe una tendencia casera («*homing trend*») de los tribunales de aplicar Derecho propio. JUENGER, F. K., «General Course on Private International Law (1983)», *Recueil Des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1985, IV, t. 193 de la colección, Martinus Nijhoff Publishers, 1986, pp. 133-134. La expresión «*homeward trend*» se atribuye a Nussbaum (KAHN-FREUND, O., *General Problems of Private International Law*, Leyden, A. W. Sijthoff, 1974, p. 280). Obviamente puede ser un elemento importante, pero en definitiva la solución de La Haya es que la selección de un juzgador no deba resultar determinante para entender que debe aplicarse su derecho.

to principal deriva de ella. Sin embargo, nace la pregunta de qué ley servirá como base para analizar la validez y las consecuencias del mencionado acuerdo de elección de derecho.

Esta delicada cuestión de *pactum de lege utenda* o de elección del derecho (*electio juris*)⁴² crea un círculo vicioso, debido a que una vez que el derecho fue elegido, el mismo deriva de la voluntad de las partes; sin embargo, permanece la duda de sobre en cuál derecho se encuentra basado el pacto⁴³.

Han sido varias las propuestas alternativas para encarar esta cuestión. Una opción es la de aplicar la *lex fori* (ley del lugar del litigio) para la cláusula de elección de derecho, lo cual podría, sin embargo, frustrar la intención de las partes. Otra opción sería hacer regir el derecho que hubiera gobernado de no haber existido una elección. No obstante, esto levantaría las mismas incertidumbres que las partes buscaban evitar al incluir una cláusula de elección de derecho aplicable. Una tercera opción es aplicar el derecho elegido en la cláusula de elección. Sin embargo, esta solución crea problemas en los casos en que dicha elección no fue acordada de manera adecuada.

El Reglamento Roma I prevé en su art. 3.5, en concordancia con su art. 10.1, que el consentimiento se determina por el derecho que se aplicaría si dicho acuerdo existiera. Ello va en línea con la pretensión de dar la máxima virtualidad posible a la voluntad de las partes. Por su parte, el art. 6.1(a) de los Principios de La Haya adopta la misma solución al prever que «para determinar si las partes llegaron a un acuerdo respecto de la elección del derecho aplicable, se utiliza el derecho presuntamente elegido por las partes».

Además, el Reglamento Roma I⁴⁴, los Principios de La Haya⁴⁵ y la Convención de México⁴⁶ contienen una norma según la cual, en ciertas circunstancias, la determinación de si una parte consintió la elección del derecho aplicable se realiza tomando en consideración la ley del lugar de su residencia habitual o de su establecimiento. Ahora bien, conforme subraya el comentario oficial de los Principios de La Haya en referencia al art. 6.2 que contiene dicha regla, la cláusula es de carácter excepcional.

En principio, la guía de la OEA favorece la aplicación del derecho elegido por las partes. Sin embargo, admite que el Estado en el que una de las partes tiene su establecimiento pueda prevalecer bajo determinadas circunstancias⁴⁷.

La guía también se refiere a la innovadora disposición encontrada en el art. 6.2 de los Principios de La Haya, alusiva a cláusulas estándar en la contra-

⁴² DE LY, F., *International Business Law and Lex Mercatoria*, Países Bajos, Elsevier Science Publishers B. V., 1992, pp. 65-66.

⁴³ BRIGGS, A., *The Conflict of Laws*, Clarendon Law Series, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 149.

⁴⁴ Art. 10(2).

⁴⁵ Art. 6(2).

⁴⁶ Art. 12, segundo párrafo.

⁴⁷ De acuerdo con la Guía, para determinar si las partes acordaron sobre el derecho aplicable, los juzgadores deben tomar en cuenta el art. 6 de los Principios de La Haya y el art. 12, párr. 2 de la Convención de México.

tación internacional. Es muy común que en este ámbito las partes recurran a formularios modelo o condiciones generales. Al respecto, ni los Principios de La Haya ni la guía de la OEA imponen restricciones particulares. Al contrario —está visto—, no exigen que el acuerdo de las partes sobre selección del derecho revista una forma particular.

No hay problemas cuando las cláusulas estándar de ambas partes designan un Derecho, o si solo una de ellas emplea una cláusula de derecho aplicable. En estos casos, según los Principios de La Haya [art. 6(1)(a)] y la guía de la OEA, regirá el derecho presuntamente elegido por las partes para determinar si efectivamente ha existido un «acuerdo» al respecto.

Ahora bien, suele ocurrir con frecuencia que los formularios estándares que utiliza cada parte difieren en la selección del derecho. Tal situación se denomina comúnmente «conflicto entre formularios» (*battle of forms*). Cuando se les plantea este tema, a menudo, los tribunales evitan o sortean esta cuestión, o aplican simplemente el derecho del foro (*lex fori*). La cuestión recibe respuesta en el art. 6(1)(b) de los Principios de La Haya, endosado por la guía de la OEA, según el cual «(s)i las partes utilizaron cláusulas estándar que designan dos derechos diferentes y según ambos derechos prevalecen las mismas cláusulas estándar, se aplica el derecho indicado en esas cláusulas estándar; si según estos derechos prevalecen distintas cláusulas estándar, o si no prevalece ninguna, no habrá elección del derecho aplicable».

Sin embargo, tanto los Principios de La Haya (en la parte final de su art. 6) como la guía de la OEA aclaran que, en estos casos, también debe prevalecer el derecho del Estado en el que una parte tiene su establecimiento si, en vista de las circunstancias, no fuere razonable determinar el consentimiento según las reglas antedichas.

11. SEPARABILIDAD

La *parte undécima* de la guía lidia con la *separabilidad*, en virtud de la cual la invalidez de un contrato internacional no afecta necesariamente al acuerdo de elección de derecho aplicable. Es más, la efectividad o invalidez (ya sea de carácter sustantivo o formal) del contrato deberá ser evaluada conforme al derecho designado en el acuerdo en el que fue elegido. Esta solución se encuentra alineada con lo dispuesto en los Principios de La Haya, en Roma I, y, en lo que atañe a cuestiones jurisdiccionales, con el Convenio de 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro, así como, en arbitraje, con la Ley Modelo de la CNUDMI⁴⁸.

Como ejemplo, puede ocurrir que una sociedad formalice un contrato internacional para el que hubiera sido necesaria una decisión asamblearia. No necesariamente afectará la cláusula de selección del derecho la invalidez

⁴⁸ Art. 16.

del contrato por no haberse reunido dicho recaudo. Obviamente, si tanto el acuerdo principal como el de elección del derecho se hallan afectados por el mismo vicio, ambos resultarán inválidos, como, por ejemplo, ante la ilegalidad de haberse obtenido el acuerdo mediante soborno⁴⁹.

12. OTROS PROBLEMAS DE ELECCIÓN DEL DERECHO

La *parte duodécima* de la guía trata *otros problemas relacionados con la elección del derecho* en los contratos comerciales internacionales. En línea con el art. 2.3 de los Principios de La Haya, la guía de la OEA aboga por que la elección de derecho aplicable pueda ser modificada en cualquier momento y que ello, en su caso, no perjudique su validez formal o los derechos de terceros. Resulta importante una directriz expresa en este sentido. En algún momento en Italia, por ejemplo, el Tribunal Supremo sostuvo que la «elección de las partes en cuanto a la ley aplicable no será admisible cuando se haya efectuado con posterioridad a la celebración del contrato» (Sentencia de 1966, núm. 1.680, en el asunto *Assael Nissim c. Crespi*), lo que fue seriamente cuestionado en la doctrina italiana⁵⁰. Esta solución —está visto— ha quedado alterada en Europa con el Convenio de Roma (actual Reglamento Roma I), para el cual las partes, de común acuerdo, podrán cambiar el derecho aplicable al contrato cuando lo deseen⁵¹. Ello, obviamente, sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros. Por lo demás, las normas procesales también pueden operar como límite, pues cualquier cambio del derecho dentro de la contienda solo podrá producirse si las mismas así lo autorizan.

También establece la guía que no se requiere ningún tipo de conexión entre el derecho elegido y las partes o su transacción. Este sigue siendo un requisito en algunos sistemas como el de Estados Unidos, según el *Restatement* (Segundo) de Conflicto de Leyes, art. 187 (2)(a)⁵². No obstante, existe una tendencia hacia su abandono, como se puede constatar en instrumentos internacionales recientes⁵³, entre ellos Roma I⁵⁴, la Convención de México y los Principios de La Haya⁵⁵.

⁴⁹ Véase el comentario al art. 7.10 de los Principios de La Haya.

⁵⁰ GIULIANO, M. y LAGARDE, P., *op. cit.*

⁵¹ En materia arbitral no existe una previsión normativa expresa sobre este tema. A la luz del principio que aboga por la autonomía reflejada en la mayoría de las leyes y reglamentos de arbitraje, las partes deberían poder cambiar el derecho originalmente escogido para gobernar la disputa. Así se ha resuelto en el caso *Foreign Trade Court of Arbitration attached to the Serbian Chamber of Commerce* (laudo del 23 de enero de 2008, disponible en <http://www.unilex.info>, con la aplicación del derecho serbio luego de comenzado el proceso arbitral). Otro precedente muy conocido es el del Tribunal Arbitral Ad Hoc, laudo del 17 de diciembre de 1975, IV Yearbook Comm. Arb. (1979), 192 (193).

⁵² No así en Inglaterra (*Steel Authority of India Ltd. v. Hind Metals Inc.*, 1984). Véase MORSE, C. G. J. y RUBINO-SAMMARTANO, M. (eds.), «Inglaterra», *Public Policy in Transnational Relationships*, Deventer, Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991, p. 62.

⁵³ No se requiere una conexión razonable en varias convenciones internacionales sobre asuntos relacionados al transporte. No aparece ni en los Convenios de La Haya de 1955 sobre la Ley Aplicable a las Ventas de Carácter Internacional de Objetos Muebles Corporales; de 1986 sobre la Ley Aplicable a

(Véanse notas 54 y 55 en página siguiente)

La guía además aborda el reenvío o *renvoi*, o la cuestión de si la aplicación de un derecho doméstico también incluye sus disposiciones de derecho internacional privado, descrito en algún momento como el tema más ferviente y ampliamente discutido en esta disciplina⁵⁶. La guía aboga por la exclusión del reenvío, para proveer mayor certeza de cuál será el derecho aplicable, en consistencia con la Convención de México y los Principios de La Haya.

En relación con la *cesión de créditos*, la guía favorece al máximo la autonomía de la voluntad, en consistencia con los Principios de La Haya⁵⁷. Este tema, previsto en Roma I⁵⁸, no ha sido abordado en la Convención de México.

13. AUSENCIA DE ELECCIÓN DEL DERECHO

La parte decimotercera lidia con el problema de la *ausencia de elección del derecho*. En ese supuesto, la guía aboga por la fórmula de la *conexión más estrecha* que se encuentra en la Convención de México, y rechaza otras como la del «lugar de la ejecución» de los Tratados de Montevideo. La guía aboga por que si el juzgador encuentra que el derecho no estatal resulta más apropiado y, por tanto, tiene una conexión más estrecha con el caso que el derecho nacional, será directamente aplicado. Sobre este punto, la guía aclara un problema de interpretación relacionado a la Convención de México⁵⁹.

los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, ni en el Convenio de 1978 sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Intermediarios y a la Representación.

⁵⁴ HEISS, H., *op. cit.*, p. 2.

⁵⁵ Véase MORENO RODRÍGUEZ, J. A., «La Convención de México sobre el Derecho Aplicable a la Contratación Internacional», Washington D. C., Publicación de la Organización de Estados Americanos, 2006, III, D, 7. Esto, en cambio, está en concordancia con la práctica arbitral. Caso CCI núm. 4.145, de 1984 XII (1987) Yearbook Comm. Arb., 97 (101). Caso CCI núm. 4.367, de 1984, XI (1986) Yearbook Comm. Arb., 134 (139).

⁵⁶ KAHN-FREUND, O., *op. cit.*, p. 285.

⁵⁷ Los Principios de La Haya disponen, en su art. 10, lo siguiente: «En el caso de una cesión contractual de los derechos que le competen al acreedor frente a su deudor en virtud de un contrato que los vincula: a) si las partes del contrato de cesión de crédito han elegido el Derecho que rige su contrato, el Derecho elegido rige los derechos y obligaciones del acreedor y del cesionario derivados de su contrato; b) si las partes del contrato entre el deudor y el acreedor han elegido el Derecho que rige su contrato, el Derecho elegido rige: i) la oponibilidad de la cesión al deudor; ii) los derechos del cesionario frente al deudor; y iii) el carácter liberatorio de la prestación hecha por el deudor». Esto es consistente con la Convención de la ONU sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (Nueva York, 2001) (arts. 28 y 29) y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas (2016) (arts. 84 y 96). Convención de la ONU sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional. Adoptada el 12 de diciembre de 2001, aún no entrada en vigor. Texto disponible en http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/security/2001Convention_receivables.html.

⁵⁸ A diferencia de Roma I, no se ocupan los Principios de La Haya de otras situaciones como la subrogación convencional y legal (arts. 14 y 15) o la compensación (art. 17), centrándose en las cesiones, que son muy frecuentes en la praxis comercial internacional.

⁵⁹ El art. 9 de la Convención de México estipula que para determinar la ley con el vínculo más estrecho se deben tomar en cuenta a «los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales». Esta fue una solución conciliatoria llegada por los negociadores de la Convención de México después de que los delegados de Estados Unidos propusieran la aplicación directa de los Principios UNIDROIT al haber ausencia de elección. Friedrich Juenger, el delegado de Estados Unidos, entendió que la fórmula acordada llevada de igual manera directamente

Con relación al arbitraje, existen diferencias en lo que concierne a la forma en la que debe determinarse el derecho aplicable en los supuestos de ausencia de una elección efectiva. La guía expone distintos enfoques del Derecho comparado: reglas de conflicto de leyes del lugar del arbitraje o de otra jurisdicción; aplicación acumulativa de las reglas de todos los Estados con conexión; aplicación de principios generales o derecho no estatal, y, cuando haya autorización, el uso de *voie directe*⁶⁰.

En este último caso, los árbitros no se encuentran obligados a hacer referencia a norma de conflicto alguna⁶¹. La elección directa no debe, sin embargo, ser vista como arbitraria, y al efecto pueden de todos modos tomarse como referencia nociones que forman parte del sistema conflictual⁶². La guía muestra cómo la Convención de México puede resultar aplicable en arbitrajes internacionales llevados a cabo en sedes dentro de las Américas. Debe considerarse que algunos Estados aceptan la *voie directe*, y que las reglas de varias instituciones arbitrales han hecho lo mismo. Ello da pie a que los árbitros apliquen la Convención de México en el uso efectivo de este poder.

14. DÉPEÇAGE

La parte decimocuarta de la guía se ocupa del *dépeçage*, o «fraccionamiento» del derecho, para que distintas partes del contrato puedan verse gobernadas por diversas leyes, lo que ocurre, por ejemplo, cuando un contrato de compraventa se encuentra sujeto al derecho de un país con excepción de su cláusula de garantía regida por otro régimen jurídico⁶³.

El *dépeçage* es una manifestación del principio de autonomía de la voluntad, enfrentado con doctrinas de localización del siglo XIX⁶⁴. Entre los argu-

a los Principios Unidroit. Véase JUENGER, F. K., «The Lex Mercatoria and Private International Law», *Louisiana Law Review*, vol. 60, 2000, pp. 1133 y 1148. La relevancia de esta opinión es destacada por José Siqueiros, encargado de elaborar el borrador de la Convención de México, debido a que fue él el que propuso la solución conciliatoria. SIQUEIROS, J. L., *op. cit.*, p. 223. Con relación a una disposición similar incluida en la Ley Venezolana de Derecho Internacional Privado, la Corte Suprema de Venezuela señaló que la fórmula de vínculo más estrecho lleva a la *lex mercatoria*, que está compuesta por las costumbres y prácticas internacionales, *Banque Artesia Nederland, N.V. v. Corp Banca, Banco Universal CA* (Exp. 2014-000257), de 2014 (véase www.unilex.info).

⁶⁰ Véase MORENO RODRÍGUEZ, J. A., *Derecho Aplicable y Arbitraje Internacional*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2014, capítulo 3, numeral IV.

⁶¹ GAILLARD, E. y SAVAGE, J., *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, La Haya, Kluwer Law International, 1999, p. 876.

⁶² WEBSTER, T. H., *Handbook of Uncitral Arbitration, Commentary, Precedents and Materials for UNCITRAL based Arbitration Rules*, Londres, Sweet & Maxwell y Thomson Reuters, 2010, p. 515.

⁶³ Por ello, dice Wolff que en Inglaterra, antes que *proper law* del contrato, se debe hablar de *proper law* de las obligaciones contractuales, pues puede haber varios *proper laws* (WOLFF, M., *Derecho Internacional Privado*, traducción española de la segunda edición inglesa por Antonio Marín López, Barcelona, Bosch, 1958, pp. 404-405).

⁶⁴ La doctrina adversa al fraccionamiento señala argumentos en contra, como la escasa ventaja ante los riesgos que entraña. Ello debido a los inconvenientes técnicos que pueden presentarse en el conocimiento y la aplicación de los distintos derechos elegidos. Se considera también que es un arma puesta en manos de la parte más fuerte en perjuicio de la más débil, al poderse manipular aspectos

mentos a favor, se sostiene que el fraccionamiento constituye un instrumento a disposición de las partes para una mejor regulación de sus intereses, si así lo estiman conveniente. El *dépeçage* cumple la voluntad de las partes, y para impedir que sea una herramienta contra un contratante débil, se encuentran las normas imperativas o de orden público⁶⁵.

Hay dos proceder posibles con respecto al fraccionamiento. Uno, las partes pueden elegir una o diferentes leyes para gobernar sus contratos, según lo aceptan ciertas codificaciones domésticas, como, por ejemplo, el art. 3111(3) del Código Civil de Québec (1991) y el art. 1210(4) del Código Civil ruso. Dos, puede también haber una selección parcial del derecho aplicable, dejándose que el derecho aplicable al resto de las obligaciones contractuales sea determinado objetivamente. El Reglamento Roma I expresamente permite esta elección parcial, especificando que las partes pueden elegir el derecho aplicable a parte del contrato solamente [art. 3(1)3]⁶⁶. En esta línea se inscribe la Convención de México de 1994⁶⁷, como así también los Principios de La Haya en su art. 2.2.

La guía aboga por que los regímenes domésticos sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales admitan el fraccionamiento del derecho. Es más, los juzgadores que cuenten con discreción en su labor interpretativa se encuentran alentados a admitir el *dépeçage* cuando así lo estimen pertinente, observando por supuesto —en su caso— las restricciones de orden público que excepcionalmente pudieran resultar aplicables⁶⁸.

15. FÓRMULA DE INTERPRETACIÓN FLEXIBLE

La *parte decimoquinta* se refiere a la *flexibilidad en la interpretación de los contratos internacionales* para mitigar la aplicación dura y estricta del derecho.

del derecho aplicable que puedan favorecer a aquella. GRANDINO RODAS, J., «Elementos de Conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro Relativamente As Obrigações Contratuais», *Contratos Internacionais*, 3.ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 21.

⁶⁵ SANTOS BELANDRO, R., *op. cit.*, pp. 100-102. Además, refiere Grandino Rodas que hasta quienes se muestran contrarios al fraccionamiento deben admitir que cuestiones como las relativas a la forma del contrato y la capacidad pueden regirse por otros derechos. GRANDINO RODAS, J., «Elementos de Conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro Relativamente As Obrigações Contratuais», *Contratos Internacionais*, 3.ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 21.

⁶⁶ http://www.hcch.net/upload/wop/contracts_2012pd01s.pdf. Dicho convenio prevé que «las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato».

⁶⁷ El fraccionamiento —resalta Herbert— podría parecer una herejía en el esquema de los Tratados de Montevideo antes imperantes en la región en la materia. Véase HERBERT, R., «La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales», *RUDIP*, vol. 1, 1994, p. 91.

⁶⁸ SANTOS BELANDRO, R., *op. cit.*, p. 104. La relación del *dépeçage* con las normas imperativas es delicada. Una posición aboga porque se pueda, a través del fraccionamiento, evitarse la aplicación de disposiciones imperativas del derecho que hubiera resultado aplicable (*lex causae*). Esto —resalta Visher— llevaría al «contrato sin ley», es decir, al margen de todo control estatal, aunque proponentes de la doctrina, como Boggiano, lo nieguen. La posición prevaleciente es que el control último de límites del *dépeçage* es considerado prerrogativa del foro juzgador. El fraccionamiento sería admitido entonces solo si las partes del contrato pueden ser separadas y tratadas independientemente, y aceptarlo implica admitir que los contratantes tienen autoridad para evitar reglas imperativas, en tanto no exista interés público del Estado del foro concernido. Véase VISHER, *op. cit.*, pp. 140-142.

Las partes en un contrato internacional deberían esperar que el derecho doméstico sea aplicado desde una óptica cosmopolita ampliada, o acorde con los usos internacionales establecidos⁶⁹, teniendo presente la necesidad de acomodar factores peculiares a transacciones con elementos foráneos. Hasta los derechos nacionales contienen normas correctivas que pueden resultar formidables. Ellas derivan de principios contenidos en las Constituciones Nacionales o en los tratados relativos a derechos humanos, por ejemplo, que los tribunales tienen tanto el deber como la autoridad para aplicar⁷⁰. Por lo demás, los derechos domésticos son recurrentemente sujetos a una construcción comparativa. Debe tenerse presente que los diferentes sistemas jurídicos tienen fórmulas abiertas otorgando grandes poderes a los juzgadores, como buena fe, *force majeure* y *hardship*. El Derecho comparado demostró constituir una herramienta muy útil para lidiar con estas figuras⁷¹.

La construcción comparativa se impone firmemente en la contratación internacional cuando hay razones adicionales. Como bien se ha dicho, es imposible dissociar el derecho y el lenguaje de su expresión. Por ejemplo, los términos *consideration*, *implied terms*, *misrepresentation* o *frustration*⁷² requieren evidentemente de una interpretación ampliada (cosmopolita) cuando una de las partes no proviene de la tradición del *common law*. Por lo demás, cuando las partes eligen el derecho de un tercer país lo hacen principalmente en la búsqueda de una solución neutral, pero raramente con un conocimiento a fondo de su contenido. Las sutilezas de sus reglas, destiladas por la jurisprudencia, pueden sorprenderlas⁷³. Para la aplicación de derechos nacionales debería, en definitiva, atenderse a las legítimas expectativas de las partes, lo que, con flexibilidad, debe ser sopesado en cada caso⁷⁴.

⁶⁹ Goode habla del «*broader-brush*» (que significa literalmente «brocha más amplia») en su artículo con el significativo título: «The Adaptation of English Law to International Commercial Arbitration», *Arbitration International*, vol. 8, 1992. Dice allí que cuando las partes eligen el derecho aplicable, razonablemente esperan que el árbitro vaya a tener en cuenta el carácter internacional de la transacción. Una transacción internacional no es lo mismo que una doméstica, y uno puede razonablemente suponer que cuando se invoca un derecho nacional se pretende que sea aplicado con un «*broader-brush*» y un ojo a usos internacionales y los deseos de acomodar factores particulares que son peculiares a transacciones en las que se presenten elementos foráneos. Esto comparten varios otros juristas internacionales.

⁷⁰ PAULSON, J., *The Idea of Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 232.

⁷¹ BRUNNER, C., *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-Performance in International Arbitration*, La Haya, Kluwer Law International, 2008, pp. 30-32.

⁷² DERAIS, Y., «The ICC Arbitral Process. Part. VIII. Choice of the Law Applicable to the Contract and International Arbitration», *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 6, 1995, núm. 1, p. 6.

⁷³ BORTOLOTTI, F., *The Application of Substantive Law by International Arbitrators*, *International Chamber of Commerce (ICC)*, DOSSIERS ICC Institute of World Business Law, París, 2014, p. 8.

⁷⁴ Si una parte eligió un derecho nacional por la razón de que quiere una solución rígida para una cuestión específica, se puede hacer mención de ello, excluyéndose cualquier recurso a consideraciones de otros derechos o del derecho transnacional. Por lo demás, el propio derecho nacional puede dar lugar a una construcción comparativa, tal como ocurre de manera recurrente en el Derecho comparado. Debe tenerse en cuenta también que los distintos sistemas contienen fórmulas abiertas que dan amplias facultades al juez, como las de fuerza mayor e imprevisión. Aquí es que los principios generales del Derecho comparado adquieren particular fuerza. BRUNNER, C., *op. cit.*, pp. 30-32.

En las Américas, una fórmula flexible viene siendo aceptada por varios años a través del art. 9 de la *Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado* de 1979, ratificada por varios países de la región⁷⁵. La Convención de México también contiene una fórmula flexible para determinar el derecho aplicable⁷⁶.

En el mundo del arbitraje, el art. 28(4) de la Ley Modelo de la CNUDMI, copiada en varias regulaciones de arbitraje en las Américas⁷⁷, incluye asimismo una fórmula flexible⁷⁸. La aplicación de esta regla no depende de la voluntad de las partes, sino que prevalece por sobre lo que determinen las reglas de conflicto⁷⁹. Se otorga así un amplio margen de decisión al tribunal

⁷⁵ Argentina, Brasil, Colombia, Guatemala, Paraguay, Ecuador, México, Perú, Uruguay y Venezuela. Véase <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-45.html>. El art. 9 de esta Convención dispone lo siguiente: «Las diversas leyes que puedan ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica serán aplicadas armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones. Las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea se resolverán teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto». Herbert y Fresno de Aguirre han señalado que este artículo se basa en las doctrinas americanas de Currie (de intereses de gobierno) y Cavers (de soluciones equitativas), en contraposición al sistema abstracto y automático que existía en Latinoamérica. La adopción de estas doctrinas tiene el mérito de permitir un campo interpretativo amplio para relajar al criterio rígido del continente hasta ese entonces [véase FRESNEDO DE AGUIRRE, C. y HERBERT, R., «Flexibilización Teleológica del Derecho Internacional Privado Latinoamericano», en KLEINHEISTERKAMP, J. y LORENZO IDIARTE, G. A. (coords.), *op. cit.*, p. 57. Véase también HERBERT, R., «La Convención Interamericana...», *op. cit.*, pp. 89-90].

⁷⁶ La Convención provee en su art. 10 lo siguiente: «Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del Derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto». Aunque la redacción análoga del mencionado art. 9 ha sido sugerida por juristas del *common law*, el art. 10 de la Convención de México fue sugerido por Gonzalo Parra Aranguren, Presidente de la delegación venezolana, proviniendo el mismo de una tradición civilista. Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, OAS Doc. OEA/Ser.K/XXI.5 (17 de marzo de 1994). Véase también «La Quinta conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP V), México, 1994», *Revista de la Fundación Procuraduría General de la República*, Caracas, pp. 219-220.

⁷⁷ Así, los arts. 54 y 73 de la Ley 1770 sobre Arbitraje y Conciliación de Bolivia; art. 22 del Decreto ley 7727 de 1997 que crea la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social de Costa Rica; art. 28.4 de la Ley 19.971 de 2004 sobre Arbitraje Comercial Internacional de Chile; art. 36.3 del Decreto ley 67-95 que crea la Ley de Arbitraje de Guatemala; art. 54 de la Ley 540 de 2005 «De Mediación y Arbitraje» de Nicaragua; arts. 26, 27 y 43.3 del Decreto ley núm. 5, de 8 de julio de 1999, «por el cual se establece el Régimen General de Arbitraje de la Conciliación y de la Mediación» de Panamá; art. 57.4 del Decreto Legislativo 1071 de 2008 que establece la «Ley de Arbitraje» de Perú; art. 32 de la Ley 1879 de 2002 de «Arbitraje y Mediación» del Paraguay; art. 33.4 de la Ley 489-08 sobre Arbitraje Comercial de República Dominicana; art. 8 de la Ley sobre Arbitraje Comercial de 1998 de Venezuela, etcétera.

⁷⁸ Ya el Convenio Europeo de Arbitraje Comercial Internacional de 1961 preveía en su art. VII que en todos los casos los árbitros deben tomar en consideración los «términos del contrato y los usos de comercio». La solución fue originalmente incluida en la Convención Europea sobre Arbitraje de 1961 (art. VII), y calificada por un árbitro renombrado como uno de los logros más significativos del siglo XX, liberando al arbitraje de percepciones locales. BLESSING, M., «Choice of Substantive Law in International Arbitration», *Journal of International Commercial Arbitration*, vol. 14, 1997, núm. 2, p. 54. Fueron, en su momento, soluciones de avanzada. KRÖLL, S. M., «The European Convention on International Commercial Arbitration - The Tale of a Sleeping Beauty», *Austrian Yearbook on International Arbitration*, 2013, p. 9.

⁷⁹ En las deliberaciones del grupo de trabajo que elaboró esta norma quedó en claro que *en todos los casos* el tribunal arbitral tendrá en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos mercantiles apli-

arbitral en la resolución de los casos en particular, «divorciándolo» de un sistema nacional específico⁸⁰. Igual fórmula surge del art. 35 del Reglamento de la UNCITRAL de 2010 que sigue, con algunas variantes, la solución de la ley modelo⁸¹. En la misma línea, el art. 21 del Reglamento arbitral de la Cámara de Comercio Internacional prevé que «en todos los casos el Tribunal Arbitral debe tener en cuenta la previsión contractual y todo uso relevante de comercio»⁸². Cuando esta fórmula fue originalmente adoptada en 1975, el entonces vicepresidente de la Corte, Jean Robert, dijo: «Es legítimo pensar aquí que esa fórmula abre camino a una forma de arbitraje más o menos libre, en el futuro, de constreñimientos legalísticos»⁸³.

De allí la sabiduría de la fórmula flexible, que la guía de la OEA aboga no solo para los arbitrajes, sino en general, en línea también con otros instrumentos emanados de ella, ya referidos, como la propia Convención de México.

16. ALCANCE DEL DERECHO APLICABLE

La *parte decimosexta* de la guía se refiere al *alcance del derecho aplicable*, es decir, a los aspectos que serán regidos por el mismo. La Convención de México y los Principios de La Haya proveen —en un lenguaje ligeramente distinto entre ellos— que el derecho aplicable al contrato gobernará su interpretación y delimitará los derechos y las obligaciones de las partes, el cumplimiento del contrato y las consecuencias del incumplimiento, la nulidad o la invalidez. Los Principios de La Haya agregan dos temas adicionales: la carga de la prueba y las obligaciones precontractuales.

cables al caso. Notas Explicativas del secretario general de la UNCITRAL en la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional, en JENKINS, J. y STEBBINGS, J., *International Construction Arbitration Law*, La Haya, Kluwer Law International, 2006, pp. 390-404.

⁸⁰ Informe del secretario general del Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL A/CN.9/97, abril de 1973. Esta fórmula de la ley modelo a su vez se había basado en el art. 33(3) del Reglamento de UNCITRAL de 1976. Al respecto, Sanders, quien con prominencia había trabajado en la elaboración de estas reglas, expresa: «El art. 33. El párr. (3) es muy claro y establece que “en todos los casos”, el tribunal decidirá, de acuerdo con los términos del contrato, y tendrá en cuenta los usos del comercio: “El párr. 3 establece una distinción. La decisión debe ser ‘con arreglo’ a las estipulaciones del contrato, mientras que los usos comerciales deben ‘tenerse en cuenta’. Esta distinción, después de largas discusiones, se hizo a propósito. Subraya la importancia del contrato y de las disposiciones estipuladas en el mismo. Si el contrato es claro, los usos comerciales no pueden justificar una desviación de él. El contrato ocupa el primer lugar. Esto, en mi experiencia, corresponde con la práctica del arbitraje”» (SANDERS, P., «Commentary On the UNCITRAL Arbitration Rules», *Yearbook Commercial Arbitration* 1977, vol. II, 1977, pp. 210-211).

⁸¹ Se lee en la documentación preparatoria de UNCITRAL que el párrafo (3) del art. 35 fue enmendado para asegurar una más amplia aplicabilidad de las reglas en situaciones donde el contrato no era necesariamente la base de la disputa, al utilizarse las palabras «de haberlo» en relación al «contrato» y «cualquier» en relación con los usos mercantiles. Debe considerarse que pueden no existir discusiones en torno a un contrato como, por ejemplo, en las disputas entre inversores y Estados. Véase www.uncitral.org, documento A/CM.9/641.

⁸² Véase http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/icc-rules-of-arbitration/#article_19.

⁸³ Véase CRAIG, L., PARK, W. y PAULSON, J., *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3.^a ed., Nueva York-Londres-Roma, Oceana Publications, 2000, p. 331.

En virtud de su inclusión, estos aspectos deben ser considerados como «contractuales», cosa que no es necesariamente así en los distintos sistemas jurídicos. La especificación de estos aspectos como sujetos de ser gobernados por el derecho aplicable al contrato reduce la probabilidad de que sean clasificados de otra manera como extracontractuales, con lo que se alienta la uniformidad de resultados. La guía aboga por que estos asuntos sean abordados por los regímenes domésticos relativos a los contratos comerciales internacionales.

17. ORDEN PÚBLICO

La parte *decimoséptima* de la guía lidia con el *orden público (ordre public)*. Esta noción altamente discutida carece de consenso en relación con los varios términos usados para referirse a ella y su relevancia y aplicabilidad. También, existe ciertamente una falta de comunicación efectiva entre académicos y abogados practicantes⁸⁴. Es más, este asunto, de por sí oscuro, se vuelve aún más opaco debido a la imprecisión, diversidad y confusión del vocabulario utilizado⁸⁵.

En línea con los Principios de La Haya y la Convención de México, la guía intenta aclarar este desorden y simplificar su terminología. Aborda las dos facetas del orden público en el contexto internacional. Una comprende a las *normas imperativas* del foro que deben ser aplicadas sin importar lo que digan las normas de conflicto de leyes. La otra excluye la aplicación del derecho indicado en la norma de conflicto de leyes si el resultado sería *manifestamente incompatible* con el orden público del foro.

En su *primera faceta*, el orden público se encuentra manifestado a través de *normas imperativas* aplicadas directamente al caso internacional, sin consideración de las reglas de conflicto de leyes que podrían apuntar a una solución distinta. Muchos Estados tienen este tipo de disposiciones que, funcionando como *espada*, son aplicadas directamente a cuestiones transfronterizas, sin atender la intención de las partes o cualquier otra norma de conflicto de leyes. En su *segunda faceta*, el orden público sirve como *barrera* o *escudo* que impide la aplicación de derecho que hubiera sido de otra manera aplicable bajo las normas de conflicto de leyes.

En el arbitraje también resulta altamente controversial el orden público. Debido al carácter deambulatorio del arbitraje, y a que los árbitros no son jueces u oficiales estatales, no se puede hablar en este ámbito de un derecho nacional del foro (o *lex fori*). La *lex fori* contiene disposiciones de Dere-

⁸⁴ MISTELIS, L. A., «Mandatory Rules in International Arbitration - Too Much Too Early or Too Little Too Late?», en BERMANN, G. A. y MISTELIS, L. A. (eds.), *Mandatory Rules in International Arbitration*, Nueva York, Juris, 2010, p. 291.

⁸⁵ LALIVE, P., *Transnational (or Truly International) Public Order and International Arbitration, Commentary - Full Section*, ICCA Congress Series, Nueva York, 1986, núm. 3, después de nota 3.

cho internacional privado relacionadas, por ejemplo, a clasificación, a factores de conexión y al orden público⁸⁶.

El orden público como causal de denegación de reconocimiento o de ejecución de resoluciones o laudos extranjeros se encuentra proveído en el art. V(2) de la Convención de Nueva York y en el art. 36 de la Ley Modelo de la CNUDMI. Sobre el punto, la interpretación tiende a ser bastante restringida. En varios Estados, la política de los jueces es la de dar el máximo efecto posible al laudo arbitral en lugar de proveer incentivos para que siga el litigio en los tribunales estatales.

La guía nota que la cuestión de orden público en el arbitraje fue uno de los asuntos «más sensibles» tratados en la elaboración de los Principios de La Haya. Los Principios no «confieren ningún poder adicional a tribunales arbitrales» y no «intentan dar a tribunales una ilimitada y libre discreción» a apartarse del derecho en principio aplicable. Al contrario, los tribunales pueden ser requeridos a tener en cuenta el orden público y las normas imperativas, y, cuando sea apropiado, determinar la necesidad de que las mismas prevalezcan en el caso específico.

18. EXISTENCIA DE OTRAS CONVENCIONES O ESTADOS CON MÁS DE UN SISTEMA JURÍDICO

Finalmente, la *parte decimoctava* de la guía aborda otras cuestiones como las relacionadas con la *existencia de otras convenciones* o de *Estados que tengan más de un sistema jurídico o unidades territoriales*. Aboga por que los Estados con más de un sistema jurídico o diferentes unidades territoriales consideren las soluciones de la Convención de México (art. 22) y de los Principios de La Haya (art. 1.2), con lo cual cualquier referencia al derecho del Estado puede interpretarse como alusiva al derecho vigente en la unidad territorial, según sea aplicable.

19. CONCLUSIÓN

La nueva guía de la OEA augura un futuro esperanzador para el hoy —en muchas partes— caótico escenario del derecho aplicable a la contratación internacional en las Américas. Más que eso, el instrumento, que aborda mayormente problemas de tinte conflictual, puede erigirse en un «caballo de Troya» que potencie exponencialmente la adopción de soluciones de derecho uniforme apropiadas, ofrecidas por el Derecho comparado. La guía favorece ampliamente el principio de la autonomía de la voluntad —incluso para la aplicación del derecho no estatal, vía por la que las partes pueden adoptar

⁸⁶ DERAINS, Y., «Possible Conflict of Laws Rules and the Rules Applicable to the Substance of the Dispute», en SANDERS, P. (ed.), *UNCITRAL's Project for a Model Law on International Commercial Arbitration*, ICCA Congress Series, vol. 2, Lausana, Kluwer Law International, 1984, pp. 175-176.

voluntariamente instrumentos de derecho uniforme—, por un lado. Y, por el otro lado, la guía muestra los caminos para la aplicación del derecho uniforme, tanto en el contexto judicial como en el arbitral, cuando no existe selección del derecho. Así también, el instrumento resalta —y aplaude si cabe la expresión— el potencial armonizador de las técnicas interpretativas del derecho doméstico a la luz del derecho uniforme.

«El sueño del comparatista». La guía, a no dudarlo, reafirma que las Américas bien se merecen este calificativo.

RESUMEN

LA NUEVA GUÍA DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS Y EL DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES (PARTE II)

El presente trabajo aborda los aspectos específicos de la Guía sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales en las Américas aprobada por la Organización de Estados Americanos (OEA) en febrero de 2019. Se analizan la estructura de este relevante texto, su contexto, su vinculación con el derecho uniforme, la función de la autonomía de la voluntad mediante elección expresa (incluyendo la validez formal) y tácita, el *pactum de lege utenda*, la separabilidad del acuerdo de elección en caso de nulidad del contrato, el derecho aplicable en ausencia de elección, el *dépeçage*, la interpretación flexible, el ámbito del derecho aplicable, el orden público, la existencia de otros convenios y los Estados plurilegislativos.

Palabras clave: Organización de Estados Americanos, derecho aplicable, contratos internacionales.

ABSTRACT

THE NEW ORGANIZATION OF AMERICAN STATES GUIDE AND THE LAW APPLICABLE TO INTERNATIONAL CONTRACTS (PART II)

This paper addresses the specific issues of the Guide on the law applicable to international commercial contracts in the Americas approved by the Organization of American States (OAS) in February 2019. The paper analyses the structure of this relevant text, its relations with uniform law, the role of parties autonomy through express (including formal validity) and tacit choice, the *pactum de lege utenda*, the separability of the choice agreement in case of invalidity of the contract, the applicable law in the absence of choice, the *dépeçage*, the flexible interpretation, the scope of the applicable law, the *ordre public*, the existence of other conventions and the States with more than one legal system.

Keywords: Organization of American States, applicable law, international contracts.



¿HACIA UN CAMBIO DE PARADIGMA EN EL DERECHO DEL ESPACIO ULTRATERRESTRE?: LOS ACUERDOS ARTEMISA

Laura MOVILLA PATEIRO*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EVOLUCIÓN Y ESTADO ACTUAL DEL DERECHO DEL ESPACIO ULTRATERRESTRE. LOS DESAFÍOS DEL *NEW SPACE*.—3. CONTEXTO, MARCO JURÍDICO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LOS ACUERDOS ARTEMISA.—4. LOS PRINCIPIOS DE LOS ACUERDOS ARTEMISA.—4.1. Principios consolidados.—4.2. Principios más novedosos.—4.3. Principios ausentes.—5. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS RECURSOS ESPACIALES Y LOS ACUERDOS ARTEMISA.—5.1. El debate en torno al régimen jurídico de los recursos espaciales.—5.2. La postura de los Acuerdos Artemisa.—6. GOBERNANZA ASCENDENTE *VERSUS* GOBERNANZA DESCENDENTE DE LAS ACTIVIDADES ESPACIALES.—7. CONSIDERACIONES FINALES.

1. INTRODUCCIÓN

Nos encontramos en un escenario geopolítico, económico y tecnológico muy distinto al de los orígenes de la era espacial, con más Estados que nunca desarrollando actividades en el espacio ultraterrestre, una irrupción muy fuerte del sector privado, y empezando a ser posible la exploración de nuevos cuerpos celestes y la explotación económica de los recursos espaciales. En este contexto, el 13 de octubre de 2020, Estados Unidos, Australia, Canadá, Italia, Japón, Luxemburgo, Emiratos Árabes Unidos y Reino Unido firmaron los «Acuerdos Artemisa. Principios para la cooperación en la exploración civil y el uso de la Luna, Marte, cometas y asteroides para fines pacíficos». Los Acuerdos están abiertos a su firma por otros Estados¹ y ya se han unido a ellos también Ucrania, Corea del Sur y, Nueva Zelanda e Isla de Man. Otros países como Brasil ya han mostrado asimismo su interés en hacerlo².

* Profesora Contratada Doctora Interina de Derecho Internacional Público, Universidade de Vigo (lauramovilla@uvigo.es). Todas las páginas web de referencia han sido consultadas por última vez el 19 de febrero de 2021.

¹ Sección 13.^ª3.

² «NASA Administrator Signs Statement of Intent with Brazil on Artemis Cooperation», 14 de diciembre de 2020, <https://www.nasa.gov/feature/nasa-administrator-signs-statement-of-intent-with-brazil-on-artemis-cooperation>.

El proceso de elaboración y el contenido de estos acuerdos parecen apuntalar dos tendencias que han empezado a esbozarse en los últimos años en el Derecho del espacio ultraterrestre. Por un lado, dan un paso más hacia la consolidación de una interpretación del principio de no apropiación que posibilita la explotación de los recursos espaciales. Por otro lado, estos acuerdos parecen pavimentar también un cambio en el modo de desarrollar el Derecho del espacio en general, ya que han sido negociados al margen de la Comisión sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos (COPUOS)³ de las Naciones Unidas, el foro en el que se ha desarrollado históricamente el Derecho del espacio. El objeto de este trabajo es un análisis de la posible contribución de estos Acuerdos a un cambio de paradigma en este sector del ordenamiento jurídico internacional, sobre todo en relación con su proceso de formación y el régimen jurídico de los recursos espaciales. Para ello, tomaremos como punto de partida la evolución y estado actual del Derecho del espacio y examinaremos a continuación las aportaciones de los principios contenidos en los Acuerdos Artemisa, prestando especial atención al régimen que establecen para los recursos espaciales y a su impacto sobre el modelo actual de gobernanza de las actividades espaciales.

2. EVOLUCIÓN Y ESTADO ACTUAL DEL DERECHO DEL ESPACIO ULTRATERRESTRE: LOS DESAFÍOS DEL *NEW SPACE*

Como sabemos, el Derecho del espacio ultraterrestre es un sector relativamente joven del ordenamiento jurídico internacional —aunque ya ha pasado la cincuentena—, que comenzó a desarrollarse a raíz del lanzamiento al espacio del primer satélite artificial, el *Sputnik 1*, en 1957 por la entonces Unión Soviética. Apenas diez años después se adoptaría el 16 de diciembre de 1966, bajo el paraguas de la COPUOS, el primer instrumento jurídico vinculante en este ámbito, el cual dio lugar al nacimiento propiamente de este sector y estableció sus principios básicos: el Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes («Tratado del Espacio»)⁴. Se encuentra en vigor desde el 10 de octubre de 1967 y

³ La COPUOS tiene su origen en el establecimiento por la Asamblea General de un Comité *ad hoc* sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos en 1958, integrado por 18 miembros, para considerar las actividades y recursos de Naciones Unidas, los organismos especializados y otros organismos internacionales relacionados con la utilización del espacio ultraterrestre con fines pacíficos, los arreglos organizativos para facilitar la cooperación internacional y los problemas jurídicos que puedan surgir en los programas para su exploración. En 1959 la Asamblea General convirtió a la COPUOS en un órgano permanente. Desde entonces, ha actuado como centro de coordinación de la cooperación internacional en la exploración y el uso pacíficos del espacio. Cuenta con dos subcomités establecidos en 1961: el de Asuntos Científicos y Técnicos y el de Asuntos Jurídicos. Su número de Estados miembros (95 en 2019) no ha dejado de crecer. La Oficina de Naciones Unidas para Asuntos del Espacio Exterior (UNOOSA) proporciona los servicios de Secretaría a la COPUOS y sus dos Subcomités.

⁴ MARTÍN GADEA, A., «El Tratado de Derecho del Espacio Ultraterrestre», *Revista Electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo*, vol. 1, 2018, núm. 1.

cuenta en la actualidad con 110 partes, incluidas las principales potencias espaciales. Se trata de un texto relativamente breve que bebió de la Declaración de los principios jurídicos que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y explotación del Espacio Ultraterrestre de la Asamblea General de 1963⁵ y que establece como principios básicos: la exploración y utilización del espacio en provecho en interés de todos los países e incumbiendo a toda la humanidad, la igualdad en esa exploración y utilización, y la libertad de acceso y de investigación científica; la no apropiación; la sujeción de estas actividades al Derecho internacional; el uso pacífico de la Luna y los demás cuerpos celestes; la ayuda y auxilio a astronautas; la responsabilidad internacional de los Estados por las actividades que realicen en el espacio sus entidades gubernamentales y no gubernamentales; la responsabilidad internacional del Estado de lanzamiento por los daños causados; la cooperación y asistencia mutua; y el informe por los Estados parte sobre sus actividades en el espacio.

Le seguirían la adopción de otros cuatro tratados internacionales entre 1971 y 1979 que desarrollaron algunos de sus aspectos concretos en más detalle: el Acuerdo sobre el salvamento y la devolución de astronautas y la restitución de objetos lanzados al espacio ultraterrestre (Acuerdo sobre el Salvamento y Devolución), adoptado el 19 de diciembre de 1967, en vigor desde el 3 de diciembre de 1968 y con 98 Estados parte en la actualidad; el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales (Convenio sobre la Responsabilidad Internacional), adoptado el 29 de noviembre de 1972, en vigor desde el 1 de septiembre de 1972 y con 98 Estados parte; el Convenio sobre el registro de objetos lanzados al espacio ultraterrestre (Convenio sobre el Registro), adoptado el 12 de noviembre de 1974, en vigor desde el 15 de septiembre de 1976 y con 69 Estados parte; y el Acuerdo sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros Cuerpos Celestes (Acuerdo de la Luna), adoptado el 5 de diciembre de 1979, en vigor desde el 11 de julio de 1984, con 18 Estados parte. Estos cinco tratados conforman, en su conjunto —y no de un modo parcial, como nos recuerda el Profesor Juan Manuel de Faramiñán Gilbert—⁶, el *Corpus Iuris Spatialis*. No obstante, gozan de un nivel de ratificación desigual y debe destacarse la situación del Acuerdo de la Luna que, aunque fue adoptado, igual que los demás, por consenso en la Asamblea General, cuenta con un número muy escaso de Estados parte y ninguno de ellos son grandes potencias espaciales.

Como ha señalado Cesáreo Gutiérrez Espada, la principales causas de esta fructífera etapa inicial del Derecho del espacio fueron el vacío jurídico existente, la experiencia previa en relación con otros regímenes jurídicos

⁵ Resolución 1962 (XVIII) de la Asamblea General, de 13 de diciembre de 1963, A/RES/1962(XVIII).

⁶ FARAMIÑÁN GILBERT, J. M. DE, «Nuevas propuestas para el desarrollo sostenible en el espacio ultraterrestre», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 73, 2021, núm. 1, pp. 111-136.

aplicables a espacios fuera de la jurisdicción nacional como el del Alta Mar o la Antártida, el acuerdo entre las dos únicas potencias espaciales de la época —Estados Unidos y la Unión Soviética— sobre las líneas básicas de este *Corpus Iuris Spatialis*, y sobre todo, el trabajo de los Estados en el seno de la COPUOS, donde durante muchos años el consenso resultó ser el método adecuado para la toma de decisiones⁷.

Con posterioridad, no se han adoptado en su seno más tratados internacionales con vocación de universalidad y los existentes tampoco han sido desarrollados o actualizados. El aumento progresivo del número de Estados que llevan a cabo las actividades espaciales y que son miembros de la COPUOS y la complejidad de los nuevos desafíos del Derecho del espacio, han ocasionado también que la toma de decisiones en esta comisión empezase a ser más complicada⁸. Desde entonces, los instrumentos jurídicos a través de los que se ha desarrollado este sector del ordenamiento jurídico internacional han sido de carácter no vinculante. Por un lado, a través de declaraciones de principios anexas a resoluciones de la Asamblea General, de contenido bastante genérico, como han sido los Principios que han de regir la utilización por los Estados de satélites artificiales de la Tierra para las transmisiones internacionales directas por televisión⁹; los relativos a la teleobservación de la Tierra desde el espacio¹⁰, los pertinentes a la utilización de fuentes de energía nuclear en el espacio ultraterrestre¹¹, o la Declaración sobre la cooperación internacional en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre en beneficio e interés de todos los Estados, teniendo especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo, de 1996¹². Esta es la forma jurídica prevista también para la Agenda «Espacio2030», en proceso de negociación en la actualidad¹³. Por otro lado, encontramos otros instrumentos jurídicos de *soft law* adoptado en el seno de la COPUOS como las Directrices para la reducción de desechos espaciales de 2007¹⁴, el Marco de seguridad relativo a las aplicaciones de fuentes de energía nuclear en el espacio ultraterrestre de 2009¹⁵, o las Directrices para la sostenibilidad a largo plazo de actividades espaciales de 2019¹⁶.

⁷ GUTIÉRREZ ESPADA, C., «La crisis del derecho del espacio, un desafío para el derecho internacional del nuevo siglo», *Anuario Español de Derecho Internacional*, núm. 15, 1999, pp. 235-272, esp. pp. 246-250.

⁸ *Ibid.*, p. 250.

⁹ Resolución 37/92 de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 1982, A/RES/37/92.

¹⁰ Resolución 41/65 de la Asamblea General, de 3 de diciembre de 1986, A/RES/41/65.

¹¹ Resolución 47/68 de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1992, A/RES/47/68.

¹² Resolución 51/122 de la Asamblea General, de 13 de diciembre de 1996, A/RES/51/122.

¹³ Véase el Proyecto revisado de Agenda «Espacio2030» y su plan de aplicación Documento de trabajo presentado por la Mesa del Grupo de Trabajo encargado de la Agenda «Espacio2030», Comisión sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos Subcomisión de Asuntos Jurídicos, 59.º periodo de sesiones, Viena, 23 de marzo a 3 de abril de 2020, 21 de febrero de 2020, A/AC.105/C.2/L.316.

¹⁴ Respaldadas por la COPUOS en su 50.º periodo de sesiones y contenidas en el anexo del doc. A/62/20, respaldadas por la Asamblea General en su Resolución 62/217, de 22 de diciembre de 2007.

¹⁵ Respaldado por la COPUOS en su 52.º periodo de sesiones y contenido en el doc. A/AC.105/934.

¹⁶ Respaldadas por la COPUOS en su 62.º periodo de sesiones y contenidas en el doc. A/AC.105/L.318/Add.4.

Ello coincide, como adelantábamos, con un nuevo escenario en el que una gran variedad de Estados y otros actores internacionales, incluidas empresas privadas, están planeando o empezando a ejecutar ya ambiciosas actividades de exploración y explotación del espacio. Este *New Space*¹⁷ empieza a dejar entrever ya un desajuste entre el estado de desarrollo actual del Derecho del espacio y los nuevos desafíos que plantean las actividades espaciales. Al mismo tiempo, ese sector del ordenamiento jurídico internacional arrastra desde sus orígenes ciertas lagunas jurídicas que se hacen más patentes a medida que se desarrollan las actividades espaciales, como son la delimitación entre el espacio aéreo y el espacio ultraterrestre; la definición de objeto espacial, la definición y régimen jurídico aplicable al turista espacial, o la lucha contra los desechos espaciales¹⁸.

En este contexto se han celebrado los Acuerdos Artemisa, que aunque no son el único tratado internacional que se ha celebrado al margen del foro multilateral y universal que representa la COPUOS¹⁹, sí es el primero que se celebra para regular de forma tan omnicompreensiva actividades en el espacio y que ofrecen una interpretación sobre ciertas disposiciones del Tratado del Espacio que no resulta unánime en la comunidad internacional.

3. CONTEXTO, MARCO JURÍDICO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LOS ACUERDOS ARTEMISA

El Programa Artemisa, liderado por la NASA y en cuyo contexto se han firmado estos Acuerdos, tiene como objetivos enviar a la Luna a la primera mujer y al próximo hombre en 2024; desarrollar una exploración sostenible de ese satélite, incluyendo el establecimiento de un campamento base en su Polo Sur y de una estación espacial en su órbita; y pavimentar el camino hacia la exploración de Marte²⁰. No obstante, últimos informes de la NASA han apuntado ya posibles retrasos en su desarrollo debido a sobrecostes y el

¹⁷ Este neologismo hace referencia, como ha expresado el Profesor Juan Manuel de Faramiñán Gilbert, a «la idea de abordar las actividades espaciales desde una nueva perspectiva que implica, no solo la exploración del espacio, sino sobre todo la explotación de los recursos que ofrece el espacio ultraterrestre desde una perspectiva empresarial». FARAMIÑÁN GILBERT, J. M. DE, *Las controvertidas cuestiones sobre la minería espacial. Lagunas jurídicas en la regulación del espacio ultraterrestre*, Kinnamon, 2020, p. 127.

¹⁸ *Ibid.*, pp. 97-114.

¹⁹ Se han celebrado tanto acuerdos multilaterales sobre actividades específicas —como el Convenio de Bruselas sobre la distribución de señales portadoras de programas transmitidas por satélite de 1974, o el Convenio Europeo sobre Televisión Transfronteriza de 1989—, como acuerdos bilaterales y multilaterales sobre cooperación en el espacio que proporcionan un marco jurídico a proyectos de cooperación concretos y en torno a cuestiones como albergar estaciones terrestres para satélites, el lanzamiento de cohetes o proporcionar servicios de lanzamiento a satélites extranjeros. VON DER DUNK, F., «International space law», en JAKHU, R. S. y DEMPSEY, P. S. (eds.), *Routledge Handbook of Space Law*, Routledge, 2017, pp. 29-126, esp. pp. 118-121.

²⁰ NASA, *Artemis Plan. NASA's Lunar Exploration Program Overview National Aeronautics and Space Administration. September 2020*, NASA, 2020.

impacto de la covid-19²¹, y tampoco está claro todavía cuál va a ser el apoyo de la nueva administración estadounidense a este programa²².

Los Acuerdos Artemisa se componen de un preámbulo y trece secciones en las que se recoge un catálogo de principios a través de los que se pretende establecer una visión común para mejorar la gobernanza de la exploración y el uso civil del espacio, con la intención de hacer avanzar el Programa Artemisa y aumentar la seguridad de las operaciones, reducir la incertidumbre y promover un uso del espacio sostenible y en beneficio de toda la humanidad²³. Sus principios pretenden aplicarse a las actividades espaciales civiles llevadas a cabo por las agencias espaciales civiles de sus signatarios que tengan lugar en la Luna, Marte, cometas y asteroides, la órbita de la Luna y o Marte, los puntos de Lagrange para el sistema Tierra-Luna, y en el tránsito entre estos cuerpos celestes y localizaciones²⁴.

Se presentan como un instrumento jurídico marco, en el contexto del cual las actividades se desarrollarán y ejecutarán bilateralmente a través de, entre otros, memorandos de entendimiento o acuerdos de aplicación en el marco de acuerdos existentes entre gobiernos, agencias u otros instrumentos²⁵. En este sentido, guarda importantes similitudes con el desarrollo y ejecución del Acuerdo Intergubernamental (IGA) sobre la Estación Espacial Internacional (ISS), de 1998²⁶. El IGA también había sido celebrado a iniciativa de Estados Unidos y se ha desarrollado a través de memorandos de entendimiento entre la NASA y cada una de las agencias y organismos de cooperación partes en el IGA, así como de acuerdos de aplicación de esos memorandos, de carácter más técnico, incluido un Código de conducta para la tripulación de la ISS. Además, los signatarios de los Acuerdos Artemisa implementarán sus principios a través de sus propias actividades y en la adopción de mecanismos de planificación y contractuales con entidades que actúen en su nombre²⁷, y se comprometen a realizar consultas periódicas para revisar la aplicación de los

²¹ Véase NASA Office of Inspector General, *2020 report on NASA's top management and performance challenges*, 12 de noviembre de 2020; FOUST, F., «Moon 2020-something», *The Space Review*, 9 de noviembre de 2020.

²² Véase, entre otros: *Biden administration expected to emphasize climate science over lunar exploration at NASA*, 9 de noviembre de 2020, disponible en https://spacenews.com/biden-administration-expected-to-emphasize-climate-science-over-lunar-exploration-at-nasa/?fbclid=IwAR3hZhAOXs3vrES3ArNYx74QWPC2CSP9uhVYrKIH5_jhVaaYggSHXy2YQo; PAVELEC, M., «The Green New Deal for space», *The Space Review*, 2 de noviembre de 2020.

²³ Sección 1.^a, párr. 1.

²⁴ Sección 1.^a, párr. 2.

²⁵ Sección 2.^a

²⁶ Acuerdo entre el Gobierno de Canadá, los Gobiernos de los Estados miembros de la Agencia Espacial Europea, el Gobierno de Japón, el Gobierno de la Federación de Rusia y el Gobierno de los Estados Unidos de América relativo a la cooperación sobre la Estación Espacial Civil Internacional, hecho en Washington el 29 de enero de 1998, *BOE* núm. 5, miércoles 6 de enero de 1999, p. 375. Véase, en detalle, FARAMIÑÁN GILBERT, J. M. DE, «Problemas jurídicos relacionados con la estación espacial habitada», *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2001, núm. 1, pp. 51-96; DEL VALLE GÁLVEZ, J. A., «La estación espacial internacional algunos problemas jurídicos», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 43, 1991, núm. 1, pp. 7-38.

²⁷ Sección 1.^a, *in fine*.

principios e intercambiar opiniones sobre otras áreas de potencial cooperación futura²⁸.

Los Acuerdos Artemisa se presentan como una implementación del *Corpus Iuris Spatialis* y, sobre todo, del Tratado del Espacio. Su preámbulo se refiere así a la necesidad de dar cumplimiento tanto al Tratado del Espacio²⁹ —que va a aparecer referido a lo largo de los Acuerdos en hasta 13 ocasiones—, como al Acuerdo sobre el Salvamento y Devolución, al Convenio sobre la Responsabilidad Internacional, y el Convenio sobre el Registro. En este mismo sentido, la Sección 1.^a de los Acuerdos los describen como un compromiso político con los principios contenidos en ellos, muchos de los cuales proporcionan una aplicación práctica de importantes obligaciones del Tratado del Espacio y otros instrumentos; mientras que en su Sección 3.^a se reafirma que las actividades en su marco serán llevadas a cabo de acuerdo con el Derecho internacional pertinente.

La ausencia de cualquier referencia al Acuerdo de la Luna en estos acuerdos resulta acorde con su no ratificación por parte de Estados Unidos. Es más, en su Orden ejecutiva sobre el fomento del apoyo internacional para la recuperación y el uso de los recursos espaciales de 20 de abril de 2020³⁰, el ahora ex-Presidente de Estados Unidos Donald Trump recalcó la oposición de ese país al contenido de ese acuerdo, afirmado expresamente que no considera al espacio un *global commons*³¹, ni a ese tratado un instrumento efectivo o necesario para guiar a los Estados en la exploración comercial a largo plazo, el descubrimiento científico y el uso de la Luna, Marte u otros cuerpos celestes. En consecuencia, su secretario de Estado se opondrá a cualquier intento de otro Estado u organización internacional de tratarlo como reflejo o expresión del Derecho internacional consuetudinario³². Sin embargo, debe subrayarse que Australia, uno de los ocho signatarios de los Acuerdos Artemisa, sí es parte del Acuerdo de la Luna.

4. LOS PRINCIPIOS DE LOS ACUERDOS ARTEMISA

Los Acuerdos Artemisa recogen ocho principios para la cooperación en la exploración civil y el uso de la Luna, Marte, cometas y asteroides que no coinciden exactamente con los contenidos en el Tratado del Espacio. Atendiendo a su grado de consolidación en el *Corpus Iuris Spatialis*, podemos distinguir un grupo de los mismos que se pueden considerar más afianzados, aunque en relación con algunos de ellos se introducen concreciones que pueden resultar controvertidas, y un segundo grupo de principios

²⁸ Sección 13.^a1.

²⁹ Párr. 11.

³⁰ *Executive Order on Encouraging International Support for the Recovery and Use of Space Resources, Infrastructure & Technology, issued on April 6, 2020.*

³¹ Sección 1.^a

³² Sección 2.^a

pueden considerarse desarrollo progresivo. A continuación analizaremos la configuración de unos y otros a la luz de su desarrollo en el Derecho del espacio en general. Otro de los principios se refiere a los recursos espaciales, en el que profundizaremos en el siguiente apartado. Todos ellos se caracterizan por estar planteados con un lenguaje que refleja un bajo nivel de coercitividad.

4.1. Principios consolidados

La Sección 3.^a de los Acuerdos se refiere a la realización de las actividades en su marco exclusivamente para fines pacíficos, reflejando así el principio básico consagrado en el art. IV del Tratado del Espacio, que prohíbe totalmente la colocación en el espacio de armas nucleares o cualquier otra de destrucción masiva, así como establecer en los cuerpos celestes bases, instalaciones y fortificaciones militares, efectuar ensayos de armas o maniobras militares³³. Con anterioridad, el Tratado de prohibición parcial de ensayos nucleares en la atmósfera, en el espacio exterior y bajo el agua de 1963, se había referido ya también a esta cuestión. No obstante, el desarme en el espacio y los cuerpos celestes no es completo, no están prohibidas, por ejemplo, otras armas en el espacio ni el paso de armas nucleares lanzadas desde la tierra o aire³⁴ y la utilización militar del espacio se ha producido desde el mismo inicio de las actividades espaciales³⁵. De las dos grandes interpretaciones posibles del uso pacífico —uso «no militar» y «uso no agresivo»—³⁶ la práctica ha consolidado la segunda. Además, en épocas más recientes se puede apreciar un aumento de la «securitización» del espacio, incluyendo el anuncio por varios Estados de la creación de fuerzas o unidades militares espaciales³⁷. Al mismo tiempo, no han fructificado iniciativas como la propuesta de tratado promovido por Rusia y China en 2008 para prevenir el emplazamiento de armas en el espacio y la amenaza o uso de la fuerza contra los objetos espaciales³⁸, o el Código de conducta para las actividades espaciales propuesto por la Unión Europea³⁹. La militarización del espacio sigue siendo, por tanto, una cuestión pendiente y los esfuerzos para la prevención de una carrera de

³³ Véase también el art. 3 del Acuerdo de la Luna.

³⁴ LACLETA MUÑOZ, J. M., «El Derecho en el espacio ultraterrestre», *Documentos de Trabajo*, Real Instituto Elcano, 2005, núm. 18, p. 10.

³⁵ Véase, entre otros, GUTIÉRREZ ESPADA, C., «La militarización del espacio ultraterrestre», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2006, núm. 12.

³⁶ Véase, entre otros, SANJOSE GIL, A., «El principio de uso pacífico del espacio ultraterrestre», *Tiempo de paz*, 1990, núms. 17-18, pp. 83-98.

³⁷ FARAMINÁN GILBERT, J. M. DE, *Las controvertidas...*, *op. cit.*, p. 23.

³⁸ CD/1839, 29 de febrero de 2008.

³⁹ Disponible en http://www.eeas.europa.eu/archives/docs/non-proliferation-and-disarmament/pdf/space_code_conduct_draft_vers_31-march-2014_en.pdf. Véase GUTIÉRREZ ESPADA, C., «El derecho del espacio en un mundo global: del Tratado de Desarme de Rusia y China al Código de Conducta sobre las Actividades Espaciales de la Unión Europea», 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, 2016, pp. 412-450.

armamentos en el espacio se están llevando a cabo desde los años ochenta principalmente en el seno de la Conferencia para el Desarme de las Naciones Unidas⁴⁰.

De conformidad con la Sección 4.^a, los signatarios apuestan por la transparencia a través de la amplia difusión de información sobre sus políticas y planes de exploración espacial, y de información científica resultante de sus actividades con el público y la comunidad científica internacional, de buena fe y de conformidad con el art. XI del Tratado del Espacio⁴¹. A su vez, en la Sección 6.^a reconocen, por una parte, sus obligaciones en virtud del Acuerdo sobre el Salvamento y Devolución⁴², en relación con el cual debe tenerse en cuenta que uno de los signatarios, Luxemburgo, lo ha firmado pero no ratificado todavía. Por otra parte, se comprometen a realizar todos los esfuerzos razonables para prestar la asistencia necesaria a la tripulación que se encuentre en peligro en el espacio. Ello resulta acorde con el art. V del Tratado del Espacio, que establece que «los astronautas de un Estado parte en el Tratado deberán prestar toda la ayuda posible a los astronautas de los demás Estados parte», así como la obligación de los Estados parte de informar inmediatamente sobre cualquier fenómeno que observen que pueda constituir un peligro para la vida o la salud de los astronautas»⁴³.

La Sección 7.^a se refiere al registro de objetos espaciales, actividad que resulta fundamental para garantizar la transparencia en las actividades espaciales y una aplicación efectiva del *Corpus Iuris Spatialis*, y, en particular, de los tratados sobre responsabilidad internacional y salvamento y devolución⁴⁴. Los signatarios de los Acuerdos Artemisa se comprometen a determinar cuál de ellos debería registrar cualquier objeto espacial pertinente de conformidad con el Convenio sobre el Registro. Dicho Convenio, por un lado, obliga a los Estados de lanzamiento a crear un registro nacional⁴⁵ y, cuando haya dos o más Estados de lanzamiento, se determinará conjuntamente cuál de ellos inscribirá el objeto⁴⁶. Por otro lado, se crea también un registro internacional administrado por el secretario general de las Naciones Unidas en el que se inscribe la información proporcionada por los Estados de registro y que debe contener al menos la información indicada en el art. IV.1⁴⁷. Por «Estado de

⁴⁰ Véase Resolución 36/97 de la Asamblea General, «Desarme general y completo», de 9 de diciembre de 1981, A/ RES/36/97, apdo. C. Véase FROEHLICH, A. y SEFFINGA, V. (eds.), *The United Nations and Space Security. Conflicting mandates between UNCOPUOS and the CD*, Springer, 2020.

⁴¹ Véase también el art. 5 del Acuerdo de la Luna.

⁴² Véanse especialmente los arts. 1 a 5 del Tratado sobre Devolución y Salvamento. El Acuerdo de la Luna se refiere a estas cuestiones en sus arts. 10, 12 y 13.

⁴³ Art. V, párrs. 2 y 3.

⁴⁴ RAM, S.; JAKHU, R. S.; JASANI, B. y MCDOWELL, J. C., «Critical issues related to registration of space objects and transparency of space activities», *Acta Astronautica*, vol. 143, 2018, pp. 406-420, esp. p. 407.

⁴⁵ Art. II.1.

⁴⁶ Art. II.2.

⁴⁷ Según la UNOOSA, hasta la fecha, más del 86 por 100 de todos los satélites, sondas, módulos de aterrizaje, naves espaciales tripuladas y elementos de vuelo de estaciones espaciales lanzados a la órbita terrestre o más allá se han registrado con el secretario general (más de nueve mil, en relación

lanzamiento» se entiende un Estado que lance o promueva el lanzamiento de un objeto espacial, o aquel desde cuyo territorio o instalaciones se lance un objeto espacial⁴⁸; y por «Estado de registro», un Estado de lanzamiento en cuyo registro se inscriba un objeto espacial de conformidad con el art. II⁴⁹. Estas disposiciones no han resultado suficientes para evitar problemas cuando se encuentran involucrados múltiples Estados de lanzamiento, algo cada vez más frecuente⁵⁰. Por ello, mientras no se actualice y mejore dicho Convenio, al menos esta disposición de los Acuerdos Artemisa resulta bienvenida para intentar paliar dichos problemas en caso de lanzamientos conjuntos en su marco. Además, la Sección 7.^a se completa afirmando que para las actividades que involucran a un país que no sea Parte del Convenio sobre el Registro —Luxemburgo no lo es—, los signatarios cooperarán para consultar con él a fin de determinar los medios apropiados de registro. Sin embargo, cabe plantearse si el Convenio sobre el Registro se aplica a objetos espaciales lanzados desde un lugar distinto a la Tierra, ya que su propio art. II.1 se refiere a «cuando un objeto sea lanzado en órbita terrestre o más allá», y los Acuerdos pretenden aplicarse también actividades realizadas en la Luna, cometas, asteroides, e, incluso, Marte.

Por su parte, la Sección 11.^a está dedicada a la reducción del riesgo de conflicto en torno a las actividades espaciales y en ella se recoge y detalla la obligación de tener debidamente en cuenta los intereses de los demás Estados y notificar actos o experimentos susceptibles de crear un obstáculo capaz de perjudicar las actividades de otros Estados prevista en el art. IV del Tratado del Espacio⁵¹. También se hace una remisión a las Directrices de las Naciones Unidas para la sostenibilidad a largo plazo de actividades espaciales de la COPUOS de 2019⁵². Los signatarios de los Acuerdos se comprometen a abstenerse de cualquier acción internacional que pueda crear una interferencia en relación con el uso del espacio de otro signatario en el marco de los Acuerdos⁵³, y a proporcionarse mutuamente la información necesaria sobre la ubicación y naturaleza de esas actividades espaciales si un signatario tiene motivos para creer que las actividades de los otros pueden resultar en una interferencia perjudicial o suponer un peligro para la seguridad de sus actividades espaciales⁵⁴.

A continuación se introduce el controvertido concepto de «zona de seguridad», estableciéndose que los signatarios utilizarán su experiencia en virtud

con algo más de un millar que no se habrían registrado). Véase <https://www.unoosa.org/oosa/en/spaceobjectregister/index.html>.

⁴⁸ Art. I.a).

⁴⁹ Art. I.c).

⁵⁰ WRIGHT NELSON, J., «Lost in Space? Gaps in the International Space Object Registration Regime», *EJIL: Talk!*, 19 de noviembre de 2018, <https://www.ejiltalk.org/lost-in-space-gaps-in-the-international-space-object-registration-regime/>.

⁵¹ Secciones 11.^a1 y 11.^a3.

⁵² Sección 11.^a2.

⁵³ Sección 11.^a4.

⁵⁴ Sección 11.^a5.

de los Acuerdos para contribuir a los esfuerzos para desarrollar prácticas, criterios y normas internacionales aplicables a la definición y determinación de zonas de seguridad e interferencias perjudiciales⁵⁵, y se proponen notificar sus actividades y coordinarse con cualquier actor relevante para evitar esas interferencias⁵⁶. Las zonas de seguridad se definen, precisamente, como el lugar donde se implementarán esa notificación y coordinación para evitar interferencias perjudiciales, consistiendo en el área en la que las operaciones nominales de una actividad relevante o un evento anómalo podrían causar razonablemente interferencias perjudiciales⁵⁷. Seguidamente se recogen los principios que regirán esas zonas de seguridad, referidos a su tamaño y alcance razonables y proporcional a las actividades que se lleven a cabo y su entorno, su modificación a medida que también se alteren las actividades, su carácter temporal, y la necesidad de notificar inmediatamente a los otros signatarios y al secretario general de las Naciones Unidas de su establecimiento, alteración o fin, así como una serie de obligaciones prácticas para los Estados que las establecen⁵⁸.

Aunque los signatarios se comprometen a respetar el principio de libre acceso a todas las áreas de los cuerpos celestes y las demás disposiciones del Tratado del Espacio, así como a ajustar el uso de las zonas de seguridad a lo largo del tiempo⁵⁹, la inclusión de estas zonas en los Acuerdos ha despertado recelos. Se teme sobre todo que en la práctica puedan llegar a ser zonas de exclusión y erosionen la prohibición de no apropiación del art. II del Tratado del Espacio⁶⁰ o que proporcionen beneficios de la territorialidad sin las cargas de obligación a largo plazo⁶¹. Resulta en todo caso un planteamiento que va más allá de las pautas en relación con el establecimiento de bases en la Luna contenidas en el Acuerdo de la Luna⁶². Además, debe tenerse en cuenta que, en el caso al menos de los recursos lunares, su concentración en áreas específicas⁶³, que serán en las que lógicamente se interesen los Estados y otros actores internacionales que persigan su utilización o explotación, puede hacer que estas áreas de seguridad creen más interferencias perjudiciales que las que pretenden evitar.

⁵⁵ Sección 11.³⁶.

⁵⁶ Sección 11.³⁷.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ Secciones 11.³⁸, 11.³⁹ y 11.⁴⁰.

⁵⁹ Sección 11.⁴¹, *in fine*.

⁶⁰ SCHINGLER, J. K., «Imagining safety zones: Implications and open questions», *The Space Review*, 8 de junio de 2020.

⁶¹ BOLEY, A. y BYERS, M., «U.S. policy puts the safe development of space at risk», *Science*, vol. 370, 2020, núm. 6.513, pp. 174-175, esp. p. 175.

⁶² En su art. 9 se prevé que sus Estados parte utilizarán únicamente el área que sea precisa para las necesidades de las estaciones, las cuales deberán estar dispuestas de modo que no entorpezcan el libre acceso a todas las zonas de la Luna del personal, los vehículos y el equipo de otros Estados parte que desarrollan actividades en la Luna de conformidad con ese Acuerdo o en el art. I del Tratado del Espacio.

⁶³ ELVIS, M., KROLIKOWSKI, A. y MILLIGAN, T., «Concentrated lunar resources: imminent implications for governance and justice», *Philosophical transactions of the Royal Society A*, vol. 379, 2020, núm. 2.188.

4.2. Principios más novedosos

Los Acuerdos consagran el principio de la interoperabilidad en su Sección 5.^a, en la que se reconoce que el desarrollo de una infraestructura y estándares de exploración comunes e interoperables —aplicables, entre otros, a los sistemas de almacenamiento y suministro de combustible, estructuras de aterrizaje, sistemas de comunicaciones y sistemas de energía— mejorarán los sistemas espaciales de exploración, descubrimiento científico y utilización comercial. Para ello, sus signatarios se comprometen a llevar a cabo esfuerzos razonables para utilizar los estándares de interoperabilidad existentes para la infraestructura espacial, a establecer tales estándares cuando no existan o sean inadecuados, y a seguirlos. Se trata, por tanto, de un principio eminentemente práctico y funcional, y que también contribuirá a la seguridad en el espacio. A nivel internacional ya se han desarrollado diversos tipos de estándares técnicos para posibilitar la interoperabilidad en foros como la ISO⁶⁴ o el Comité Consultivo en Sistemas de Datos Espaciales (CCSDS)⁶⁵.

En la Sección 8.^a, los signatarios se reservan el derecho a comunicar y divulgar información relativa a sus propias actividades al público y se comprometen a coordinarse entre sí respecto a la divulgación pública de información relacionada con las actividades de los demás signatarios, con el fin de proporcionar la protección adecuada para cualquier información patentada o con exportación sujeta a control⁶⁶. En relación con los datos científicos, se comprometen con su intercambio abierto, planeando poner a disposición del público y de la comunidad científica internacional los resultados científicos obtenidos de sus actividades, «*as a appropriate, in a timely manner*»⁶⁷. A continuación se puntualiza que esa divulgación no se aplica a las operaciones del sector privado, salvo que dichas operaciones se realicen en nombre de un signatario de los Acuerdos⁶⁸, una cuestión que sin duda se presenta como uno de los grandes desafíos en este ámbito. A este respecto, el Tratado del Espacio se limita a referirse de forma genérica que la exploración y utilización del espacio deberán hacerse en provecho e interés de todos los países, sea cual fuere su grado de desarrollo económico y científico⁶⁹; a la libertad de investigación científica y la cooperación internacional en torno a ella, al acceso abierto a todas las regiones espaciales⁷⁰ y a la obligación de los Estados de informar «en la mayor medida posible dentro de lo viable y factible», sobre la naturaleza, marcha, localización y resultados de dichas actividades⁷¹. Al

⁶⁴ *Standards 49.140.—Space systems and operations, including space data and information transfer systems, and ground support equipment for launch site operations.*

⁶⁵ El CCSDS es un foro multinacional para el desarrollo de estándares de sistemas de datos y comunicaciones para vuelos espaciales. Véase <https://public.ccsds.org/default.aspx>.

⁶⁶ Sección 8.^a1.

⁶⁷ Sección 8.^a2.

⁶⁸ Sección 4.^a3.

⁶⁹ Art. I, párr. 1.

⁷⁰ Art. I.3.

⁷¹ Art. XI.

contrario, la difusión de datos científicos sí se preveía en el Acuerdo de la Luna, con el hándicap del escaso número de Estados que lo han firmado y ratificado⁷². No obstante, a medida que se han desarrollado las actividades y aplicaciones espaciales, ha ido aumentando también la toma de conciencia de la importancia del acceso a los datos científicos del espacio. Como se ha puesto de relieve, entre otros, en los trabajos en torno a la Agenda «Espacio2030», la ciencia y tecnología espaciales son ya una parte esencial de la vida cotidiana y aportan multitud de beneficios fundamentales y singulares, y el cumplimiento de agendas internacionales como la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible o el Marco de Sendai para la reducción del riesgo de desastres 2015-2030, requieren de un mejor acceso a los datos y aplicaciones basados en el espacio y a las infraestructuras espaciales, teniendo en cuenta las necesidades particulares de los países en desarrollo⁷³. Además, dentro de sus metas se propone expresamente «promover políticas de datos abiertos sobre el espacio y la divulgación de datos»⁷⁴, y «profundizar el conocimiento del espacio ultraterrestre, en particular mediante un mejor acceso a los datos astronómicos y otros datos científicos espaciales, en beneficio de la humanidad»⁷⁵. Con anterioridad, las Directrices sobre la sostenibilidad a largo plazo de las actividades espaciales de 2009 habían incluido ya directrices relativas a compartir información sobre objetos espaciales y eventos orbitales, la vigilancia de los desechos espaciales, datos y pronósticos operacionales del clima espacial, o la sostenibilidad a largo plazo de las actividades en el espacio⁷⁶. Cabe destacar también en este contexto las actividades realizadas en el marco de la Plataforma de las Naciones Unidas de Información Obtenida desde el Espacio para la Gestión de Desastres y la Respuesta de Emergencia (ONU-SPIDER)⁷⁷.

A su vez, tras reconocer en su preámbulo el interés colectivo en la preservación del patrimonio espacial, los Acuerdos Artemisa recogen en su Sección 9.^a un compromiso de preservación de ese patrimonio, en el cual consideran comprendidos los sitios de aterrizaje, artefactos, naves espaciales y otras evidencias de actividades robóticas u humanas de importancia histórica en los cuerpos celestes, de conformidad con los estándares y prácticas que desarrollen conjuntamente⁷⁸. Asimismo, pretenden utilizar la experiencia en virtud de estos acuerdos para contribuir al desarrollo de las prácticas y normas internacionales en este campo⁷⁹. No existe todavía un instrumento

⁷² Véanse sus arts. 5.2, 5.3 y 6.2.

⁷³ *Supra*, nota 13, párrs. 8 y 9.

⁷⁴ Meta 2.8.

⁷⁵ Meta 3.5.

⁷⁶ Directrices B1 y B2, B3, B.6 y C2, respectivamente.

⁷⁷ Fue establecida por la UNOOSA en 2006 para desarrollar soluciones al acceso limitado de los países en desarrollo a tecnologías especializadas que pueden ser esenciales en la gestión de desastres y la reducción de su riesgo, como la teledetección para la observación de la Tierra, las telecomunicaciones por satélite y los sistemas de navegación mundial por satélite. Véase <https://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/un-spider/index.html>.

⁷⁸ Sección 9.^a1.

⁷⁹ Sección 9.^a2.

jurídico internacional con vocación de universalidad dedicado al patrimonio espacial y que establezca, por ejemplo, los límites entre el mismo y los desechos espaciales. La UNESCO no ha abordado de momento tampoco su posible celebración, si bien ha tratado indirectamente la cuestión del patrimonio espacial tecnológico dentro del patrimonio astronómico⁸⁰. Tampoco resultan aplicables otros instrumentos existentes, como la Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural de la UNESCO, de 1972 en el marco de la cual solo se pueden hacer designaciones que se encuentren en el territorio de un Estado⁸¹. Por su parte, Estados Unidos, uno de los actores especialmente interesados en la protección de este patrimonio debido a su intensa actividad espacial desde el comienzo de la era espacial, sí ha adoptado varias iniciativas nacionales para su protección en la Luna, incluyendo la elaboración por la NASA en 2011 de unas Recomendaciones para los Estados con programas espaciales con el fin de proteger y preservar el valor histórico y científico de los artefactos espaciales estadounidenses situados en ese satélite⁸² y de un listado de objetos hechos por el hombre que se encuentran también en la Luna en 2012⁸³, así como la reciente aprobación, en diciembre de 2020, de una ley que exige a las empresas estadounidenses que lleven a cabo actividades en la Luna el cumplimiento de las recomendaciones de la NASA sobre la protección del patrimonio espacial⁸⁴. La inclusión de esta cuestión en los Acuerdos Artemisa quizá ayude a pavimentar el camino hacia un régimen internacional en este ámbito si llega a contar con un apoyo internacional relevante. Habrá que prestar atención también a cómo se conjuga esta protección con el principio de libre acceso a todas las áreas de los cuerpos celestes.

La Sección 12.^a se refiere a los desechos espaciales, un problema creciente que, aunque requiere sobre todo de soluciones técnicas⁸⁵, no se han adoptado todavía normas vinculantes con vocación de universalidad sobre él, ni existe una definición consensuada de desecho espacial. Dado la ausencia de normas específicas sobre esta cuestión en el *Corpus Iuris Spatialis*, a medida que han ido aumentando las actividades espaciales y los desechos orbitales, se comenzó a trabajar en la búsqueda de un régimen jurídico más concreto para hacer frente a este problema en el seno de la COPUOS. Su mayor exponente

⁸⁰ Véase <http://whc.unesco.org/en/astronomy/>.

⁸¹ En detalle, PRADO ALEGRE, E., «Sobre el patrimonio cultural de la humanidad en el espacio ultraterrestre», *Análisis del Real Instituto Elcano* (ARI), 2019, núm. 120, p. 11. Aunque tampoco resulta aplicable al espacio, también puede resultar útil el régimen jurídico establecido por la Convención sobre la protección del patrimonio cultural subacuático 2001, que también se aplica a la Zona (art. 12).

⁸² NASA, *NASA's Recommendations to Space-Faring Entities: How to Protect and Preserve the Historic and Scientific Value of U.S. Government Lunar Artifacts*, 20 de julio de 2011.

⁸³ Disponible en <https://history.nasa.gov/FINAL%20Catalogue%20of%20Manmade%20Material%20on%20the%20Moon.pdf>.

⁸⁴ *S.1694-116th Congress (2019-2020)-One Small Step to Protect Human Heritage in Space Act*. Véase PRADO, E., *op. cit.*, pp. 11-16.

⁸⁵ FARAMIÑÁN GILBERT, J. M. DE, «Space Debris: Technical and Legal Aspects», en LAFFERRANDE-RIE, G. (ed.), *Outlook on Space Law over the next 30 years*, La Haya, Kluwer Law International, 1997, pp. 305-318, esp. p. 306.

lo constituyen las Directrices para la reducción de desechos espaciales adoptadas por esta comisión en 2007 y, más recientemente, varias de las Directrices para la sostenibilidad a largo plazo de actividades espaciales de 2019 también se refieren a esa cuestión. Además, varios Estados y organizaciones internacionales han establecido sus propias directrices para la mitigación de estos desechos⁸⁶. En este contexto, los signatarios de los Acuerdos Artemisa se comprometen a planificar la mitigación de los desechos orbitales, a limitar en la medida de lo posible la generación de desechos nuevos duraderos y perjudiciales durante las operaciones normales, las desintegraciones o después de la misión, accidentes y otras coyunturas, así como a la eliminación de estructuras espaciales después de las misiones.

4.3. Principios ausentes

Por último, cabe señalar que, aunque en el preámbulo de los Acuerdos se hace referencia al Convenio sobre la Responsabilidad Internacional, el principio asentado en el Derecho del espacio de la responsabilidad internacional de los Estados por daños causados por objetos espaciales no se desarrolla luego en los Acuerdos, sino que se delega esta cuestión a los instrumentos bilaterales que establezcan los signatarios para desarrollarlos⁸⁷. Por otra parte, si bien sí se hacen varias referencias a la sostenibilidad a lo largo de los Acuerdos e, incluso, a las propias Directrices de la COPUOS de 2019 sobre esta cuestión⁸⁸, no se le dedica un principio en concreto al desarrollo sostenible. Ello, aunque la sostenibilidad de las actividades espaciales se encuentra en el centro del debate internacional espacial en la actualidad, sobre todo desde la celebración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la explotación y la utilización del Espacio Ultraterrestre con fines pacíficos (UNISPACE+50) en 2018, a partir de la cual se han empezado a evaluar las actividades espaciales como «un motor del desarrollo sostenible»⁸⁹. Asimismo, aunque los Acuerdos contienen referencias muy genéricas al beneficio para la humanidad que suponen la cooperación en el uso pacífico del espacio, el legado del Programa Apolo, la adhesión a un conjunto de principios, directrices y buenas prácticas en el desarrollo de las actividades espaciales, y la utilización de los recursos espaciales⁹⁰, no se establecen mecanismos que materialicen ese beneficio más allá del compromiso de divulgación de datos científicos⁹¹.

⁸⁶ Véase *Compendium of space debris mitigation standards adopted by States and international organizations*, 25 de febrero de 2019, https://www.unoosa.org/documents/pdf/spacelaw/sd/Space_Debris_Compendium_COPUOS_25_Feb_2019p.pdf.

⁸⁷ Sección 1, 2.b).

⁸⁸ Sección 11.^a2).

⁸⁹ Resolución 73/6 de la Asamblea General, «Quincuagésimo aniversario de la Primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Exploración y Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos: el espacio como motor del desarrollo sostenible», de 26 de octubre de 2018, A/RES/73/6. Véase FARAMIÑÁN GILBERT, J. M. DE, «Nuevas propuestas...», *op. cit.*, p. 115.

⁹⁰ Párrs. 2 y 5 del preámbulo, y Secciones 1.^a y 10.^a1.

⁹¹ Sección 8.^a

5. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS RECURSOS ESPACIALES Y LOS ACUERDOS ARTEMISA

Las actividades de exploración y explotación de recursos espaciales que están suscitando especial interés para varios Estados y empresas privadas son la minería espacial comercial, y, en el marco sobre todo del Programa Artemisa, las relacionadas con el regolito lunar⁹² para obtener consumibles humanos y combustible⁹³ y, a más largo plazo, también metales para la construcción de hábitats u otras estructuras en la Luna, y, en un futuro aún más lejano, en Marte, donde ya se está planeando también la posibilidad de llevar a cabo extracciones atmosféricas y la conversión de CO₂ en otros elementos o compuestos útiles⁹⁴. A medida que aumente el conocimiento sobre los recursos espaciales y el desarrollo científico y técnico, es previsible que resulten de interés otro tipo de recursos, incluidos probablemente, en algún momento, los genéticos, dado que se ha demostrado que existe agua al menos en la Luna y Marte, y por tanto, ha podido existir vida en ellos. Al mismo tiempo, también se ha advertido ya sobre los potenciales riesgos que puede presentar la explotación de los recursos, entre los que se incluirían la exacerbación de la migración del polvo lunar, la formación de meteoritos antrópicos, la pérdida de oportunidades científicas, el aumento de los desechos espaciales⁹⁵, o efectos sobre la economía mundial, como la devaluación de los minerales en la Tierra en el caso de la minería espacial comercial⁹⁶.

5.1. El debate en torno al régimen jurídico de los recursos espaciales

El art. II del Tratado del Espacio se limita a formular el principio de no apropiación en los siguientes términos: «El espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, no podrá ser objeto de apropiación nacional por reivindicación de soberanía, uso u ocupación, ni de ninguna otra manera». Aunque está clara la prohibición de reivindicaciones soberanas en el espacio —de forma similar a lo que ocurren en el Alta Mar, la Zona Internacional de los Fondos Marinos y Oceánicos (la Zona) o la Antártida—⁹⁷, esta disposición no supone un tratamiento exhaustivo de esta cuestión, no se define a los cuerpos celestes, y no se hace tampoco una mención expresa —ni en este ni en otro artículo del Tratado— a los recursos naturales.

El régimen jurídico aplicable a los recursos espaciales se completaría con los arts. I y IX del Tratado del Espacio. En los dos primeros apartados del art. I se establece que la exploración y utilización del espacio, incluso la Luna

⁹² NASA, *Artemis Plan...*, *op. cit.*, p. 28.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ BOLEY, A. y BYERS, M., *op. cit.*, pp. 174-175.

⁹⁶ FARAMIÑÁN GILBERT, J. M. DE, *Las controvertidas...*, *op. cit.*, p. 72.

⁹⁷ Véanse los arts. 89 y 137.1 CNUDM y el IV.2 del Tratado Antártico.

y otros cuerpos celestes, deberán hacerse en provecho y en interés de todos los países, sea cual fuere su grado de desarrollo económico y científico, e incumben a toda la humanidad, y, por otro, que el espacio estará abierto para su exploración y utilización a todos los Estados sin discriminación alguna en condiciones de igualdad y en conformidad con el Derecho internacional, con libertad de acceso a todas las regiones de los cuerpos celestes. Se trata de un artículo formulado con vaguedad y que, aunque introduce ciertas pautas en relación con la exploración y utilización del espacio, su significado e implicaciones prácticas concretas resultan inciertas⁹⁸. Por su parte, el art. IX contiene la obligación para los Estados parte de proceder a su exploración «de tal forma que no se produzca una contaminación nociva ni cambios desfavorables en el medio ambiente de la Tierra como consecuencia de la introducción en él de materias extraterrestres, y cuando sea necesario adoptarán las medidas pertinentes a tal efecto».

El Acuerdo de la Luna fue más allá y declaró en su art. 11 que la Luna y sus recursos naturales son patrimonio común de la humanidad⁹⁹. Conforme a este concepto, los Estados parte tienen derecho a explorar y utilizar la Luna sin discriminación de ninguna clase, sobre una base de igualdad y de conformidad con el Derecho internacional y las condiciones estipuladas en ese tratado¹⁰⁰. Se reitera también que este satélite de la Tierra no puede ser objeto de apropiación nacional mediante reclamaciones de soberanía, por medio del uso o la ocupación, ni por ningún otro medio¹⁰¹. Asimismo, los Estados parte se comprometen a establecer un régimen internacional, incluidos los procedimientos apropiados, que rijan la explotación de los recursos naturales de la Luna, cuando esa explotación esté a punto de llegar a ser viable¹⁰². Por tanto, no se prohíbe la explotación de los recursos naturales —como sí se hizo, por ejemplo, en relación con los recursos minerales de la Antártida (salvo que entre en vigor un régimen sobre su modalidad y condiciones)—¹⁰³, sino que se pospone el diseño de su régimen jurídico al momento en que esa explotación vaya a ser posible. Aunque cabría mantener que ese momento ya habría llegado —de lo que es muestra la adopción de los propios Acuerdos Artemisa—, el establecimiento de ese régimen se ha quedado en punto muerto debido al escaso número de ratificaciones del Acuerdo de la Luna.

De forma similar a lo ocurrido en su momento con la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM) y el régimen jurídico de patrimonio común de la humanidad de la Zona y sus recursos establecido en su Parte XI, las reticencias a su ratificación, especialmente entre países

⁹⁸ TRONCHETTI, F., «Legal aspects of space resources utilization», en JAKHU, R. S. y DEMPSEY, P. S. (eds.), *Routledge Handbook of Space Law*, Routledge, 2017, pp. 769-813, esp. p. 781.

⁹⁹ Art. 11.1.

¹⁰⁰ Art. 11.4.

¹⁰¹ Art. 11.2. Véase también el art. 11.3.

¹⁰² Art. 11.5. Véanse sus principales finalidades en el art. 11.6.

¹⁰³ Preámbulo y arts. 7 y 25.5 del Protocolo al Tratado Antártico sobre protección del medio ambiente.

desarrollados, se debieron precisamente a los recelos que produjo esa caracterización como patrimonio común de la humanidad y el régimen jurídico que se deriva del mismo. Como sabemos, su ratificación se desbloqueó con la adopción del Acuerdo de Aplicación de su Parte XI en 1994, el cual descafeinó el diseño original de ese régimen jurídico y los redirigió hacia los principios de libre mercado. En el caso del Acuerdo de la Luna, sin embargo, no ha habido todavía un intento a nivel global de activar el proceso para elaborar el régimen jurídico previsto en relación con los recursos naturales, ni reformularlo de algún modo. También resulta especialmente pertinente en este ámbito la Declaración sobre la cooperación internacional en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre en beneficio e interés de todos los Estados, teniendo especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo, de 1996, si bien su contenido resulta bastante vago y genérico¹⁰⁴.

En este contexto jurídico, en el que solo resultaría claramente conforme con el Derecho del espacio del uso científico de los recursos espaciales¹⁰⁵, la parquedad de la redacción del principio de apropiación del art. II del Tratado del Espacio ha posibilitado dos interpretaciones radicalmente opuestas sobre el régimen jurídico de estos recursos. Conforme a la primera de ellas, dicho principio de apropiación abarca tanto a los cuerpos celestes como a los recursos naturales que se encuentren en ellos, de modo que, en el estado actual de desarrollo del Derecho del espacio, no resultaría posible la explotación de esos recursos¹⁰⁶. En cambio, de acuerdo con la segunda, que es la reflejada en los Acuerdos Artemisa, el principio de apropiación haría referencia al cuerpo celeste en su conjunto, y no a sus recursos naturales en particular, cuya explotación estaría abarcada por la libertad de exploración y utilización del art. I del Tratado del Espacio. Los defensores de esta segunda interpretación suelen recurrir a analogías entre el régimen jurídico del Alta Mar —un espacio marítimo fuera de la jurisdicción nacional en el que existe, entre otras libertades, la de pesca— y la libertad de explotación y utilización del espacio¹⁰⁷. También se han hecho comparaciones con la órbita geoestacionaria, donde si bien la órbita en sí no resulta susceptible de apropiación, los Estados sí pueden solicitar que se les adjudique —con carácter temporal— posiciones orbitales y frecuencias¹⁰⁸. De este modo, en el marco de este segundo tipo de interpretaciones se distingue entre el estatus jurídico de los cuerpos celestes en su conjunto —cuya no reivindicación resultaría clara— y el de sus recursos naturales —cuyo régimen jurídico es todavía incierto—¹⁰⁹. Es decir, se tiende a distinguir en estos casos entre la soberanía o derechos soberanos exclusivos, jurisdicción exclusiva y propiedad de un cuerpo celeste y la posesión, propiedad, transporte, uso y venta de los recursos que se

¹⁰⁴ Véase GUTIÉRREZ ESPADA, C., «La crisis...», *op. cit.*, pp. 799-803.

¹⁰⁵ Art. I, párr. 3 del Tratado del Espacio y art. 7 del Acuerdo de la Luna. TRONCHETTI, F., *op. cit.*, p. 788.

¹⁰⁶ *Ibid.*, pp. 789-790.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 789.

¹⁰⁸ *Ibid.*, pp. 799-803.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 777.

encuentren en ellos; o entre derechos de propiedad de parte del espacio de los derechos de explotación extraterrestres¹¹⁰. No obstante, resulta innegable la delgada línea que separa unos y otros, sobre todo en posibles casos de explotación masiva de un cuerpo celeste o en su totalidad, como podría ocurrir con un asteroide.

5.2. La postura de los Acuerdos Artemisa

La Sección 10.^a de los Acuerdos Artemisa comienza justificando la utilización de los recursos espaciales por sus beneficios para la humanidad al proporcionar apoyo crítico para operaciones seguras y sostenibles en el espacio¹¹¹, es decir, para su utilización *in situ*. Del mismo modo, la Orden ejecutiva estadounidense de abril de 2020 había justificado ya también el derecho a explorar, recuperar y usar los recursos del espacio en la posibilidad que otorgan para la exploración, estancia permanente e investigación científica exitosa en la Luna y la futura misión a Marte¹¹². A continuación, se enfatiza en los Acuerdos que la extracción y utilización de los recursos espaciales debe realizarse de una manera que cumpla con el Tratado del Espacio y en apoyo de la seguridad y actividades espaciales sostenibles¹¹³. Asimismo, sus signatarios se comprometen a informar al secretario general de las Naciones Unidas, así como al público y a la comunidad científica internacional, sobre sus actividades de extracción de recursos espaciales¹¹⁴. En relación con el principio de no apropiación, se afirma claramente que «*the extraction of space resources does not inherently constitute national appropriation under Article II of the Outer Space Treaty, and that contracts and other legal instruments relating to space resources should be consistent with that Treaty*»¹¹⁵.

Con anterioridad, la *U.S. Commercial Space Launch Competitiveness Act, H.R. 2262 de 25 de noviembre de 2015 (Space Act)*¹¹⁶, adoptaba bajo la presidencia de Barack Obama, dedicó su Título IV a la exploración y utilización de los recursos del espacio. Su adopción satisfizo las pretensiones de varias empresas de minería espacial, quienes habrían ejercido presiones para asegurarse la viabilidad comercial de esas operaciones¹¹⁷. Por tanto, en este

¹¹⁰ IISL, *IISL Directorate of Studies Background Paper on the topic: Does international space law either permit or prohibit the taking of resources in outer space and on celestial bodies, and how is this relevant for national actors? What is the context, and what are the contours and limits of this permission or prohibition?*, IISL, Directorate of Studies, 2016, p. 37.

¹¹¹ Sección 10.^a1.

¹¹² Sección 1.^a

¹¹³ Sección 10.^a2.

¹¹⁴ Sección 10.^a3.

¹¹⁵ Sección 10.^a2, *in fine*.

¹¹⁶ En detalle sobre sus antecedentes y contenido: FARAMIÑÁN GILBERT, J. M. DE, *Las controvertidas...*, *op. cit.*, pp. 39-58.

¹¹⁷ FEICHTNER, I., «Mining for humanity in the deep sea and outer space: The role of small states and international law in the extraterritorial expansion of extraction», *Leiden Journal of International Law*, vol. 32, 2019, núm. 2, pp. 255-274, esp. p. 262.

caso no estaríamos ante una fundamentación de las actividades de exploración y explotación dirigidas a posibilitar y afianzar la presencia permanente en el espacio o futuras actividades de exploración espacial, sino ante una fundamentación puramente comercial. En virtud de esta ley, se facilitará la exploración y la recuperación comercial de los recursos espaciales por ciudadanos de Estados Unidos, se desincentivarán barreras gubernamentales a esas actividades, y se promoverá el derecho de sus ciudadanos a participar en ellas sin inferencias perjudiciales, de conformidad con las obligaciones internacionales de Estados Unidos y bajo la autorización y supervisión continua del gobierno federal¹¹⁸. Además, se indica expresamente que cualquier ciudadano estadounidense que participe en estas actividades tiene derecho a cualquier recurso espacial o de los asteroides que obtenga, incluida la posesión, propiedad, transporte, uso y venta de conformidad con el Derecho aplicable, incluidas las obligaciones internacionales de Estados Unidos¹¹⁹. Esta sección termina también con la aclaración de que a través de esta ley Estados Unidos no está afirmando su soberanía, derechos soberanos o exclusivos, jurisdicción o propiedad sobre ningún cuerpo celeste¹²⁰.

Posteriormente, en la Orden Ejecutiva de abril de 2020 se encargó al secretario de Estado de Estados Unidos que negociase declaraciones conjuntas y arreglos bilaterales y multilaterales con Estados extranjeros sobre operaciones seguras y sostenibles para la recuperación y uso público y privado de los recursos espaciales¹²¹. Incluso, en el marco del Programa Artemisa y desarrollando dicha Orden Ejecutiva, la NASA parece haber diseñado más recientemente un sistema de compra de recursos lunares al sector privado¹²². En este sentido, Estados Unidos se ha pronunciado repetidamente a favor de llevar estas actividades en asociación con el sector privado, habiendo señalado además en la citada Orden Ejecutiva que la incertidumbre en torno al derecho a esa recuperación y uso de los recursos, habría desalentado a las entidades comerciales a participar en estas actividades¹²³.

Más recientemente, en la Política Espacial Nacional de ese país adoptada en diciembre de 2020, se incluyó el objetivo de alentar a otros Estados a adoptar enfoques regulatorios y prácticas del sector espacial comercial de Estados

¹¹⁸ § 51302.

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ Sección 403. El *International Institute of Space Law* (IISL) se ha pronunciado sobre la minería espacial a raíz de la adopción de la *Space Act* por Estados Unidos, avalando su legitimidad conforme al Derecho internacional. Véase IISL, *Position paper on space resource mining. Adopted by consensus by the Board of Directors on 20 December 2015*, <http://iislwebo.www.nlss1.a2hosted.com/wp-content/uploads/2015/12/SpaceResourceMining.pdf>.

¹²¹ Sección 3.^a

¹²² «NASA is supporting State Department efforts to advance the Executive Order by conducting a trailblazing purchase of an extraterrestrial resource. Specifically, NASA plans to purchase from one or more providers a sample of an extracted lunar resource for a nominal dollar value. The sample will be delivered in place on the lunar surface for retrieval by NASA at a later date. This process will establish a critical precedent that lunar resources can be extracted and purchased from the private sector in compliance with Article II and other provisions of the Outer Space Treaty» (NASA, *Artemis Plan...*, *op. cit.*, pp. 28-29).

¹²³ Sección 1.^a

Estados Unidos¹²⁴. De momento, solo otro Estado, Luxemburgo —también signatario de los Acuerdos Artemisa—, ha adoptado una postura similar a la de Estados Unidos en su ordenamiento jurídico interno. Este Estado adoptó, en el marco de una estrategia de atracción de inversiones de la industria espacial¹²⁵, la *Loi du 20 juillet 2017 sur l'exploration et l'utilisation des ressources de l'espace*¹²⁶. Sin embargo, al contrario que la *Space Act* estadounidense, que limitaba su cobertura a las empresas de esa nacionalidad, la ley luxemburguesa permite solicitar un acuerdo escrito de misión tanto a sociedades de Derecho luxemburgués como a sociedades europeas con sede en Luxemburgo¹²⁷. Como ha afirmado el *International Institute of Space Law* (IISL), si la interpretación de Estados Unidos del art. II del Tratado del Espacio es seguida o no por otros Estados, será fundamental para la comprensión y el futuro desarrollo del principio de no apropiación¹²⁸. De momento, los demás signatarios de los Acuerdos Artemisa ya lo han hecho con la firma de estos acuerdos.

Por otra parte, habrá que examinar también la compatibilidad de esta interpretación con otros desarrollos en la gobernanza de las actividades espaciales, como la Agenda «Espacio2030», en cuya versión actual se incluyen, entre otras metas: asegurar la sostenibilidad a largo plazo de las actividades en el espacio ultraterrestre en relación con las actividades comerciales¹²⁹; posibilitar las actividades espaciales para todos, de conformidad con el Derecho internacional, promoviendo un marco internacional que facilite la igualdad de acceso al espacio para todos, incluidos los países sin capacidad espacial¹³⁰; y la abstención de promulgar, adoptar y aplicar medidas unilaterales de tipo económico, financiero y comercial que puedan obstaculizar las actividades espaciales y la plena aplicación de las disposiciones esta Agenda, en particular en los países en desarrollo»¹³¹.

6. GOBERNANZA ASCENDENTE VERSUS GOBERNANZA DESCENDENTE DE LAS ACTIVIDADES ESPACIALES

Los Acuerdos Artemisa no solo pueden influir en el desarrollo del régimen jurídico internacional aplicable a los recursos espaciales, sino que también podrían afianzar un cambio en el diseño de la gobernanza de las actividades espaciales, desarrollada hasta ahora principalmente de forma multilateral y consensuada en el seno de la COPUOS y con una vocación de universalidad.

¹²⁴ *National Space Policy of the United States of America*, 8 de diciembre de 2020, p. 12.

¹²⁵ Véase la iniciativa *SpaceResources.lu*, <https://space-agency.public.lu/en/space-resources/the-initiative.html>.

¹²⁶ *Journal Officiel du Grand-Duché de Luxembourg, Mémorial A*, núm. 674, 28 de julio de 2017.

¹²⁷ Art. 4. Véase, en detalle, FARAMIÑÁN GILBERT, J. M. DE, *Las controvertidas...*, op. cit., pp. 58-61.

¹²⁸ IISL, *IISL Directorate...*, op. cit.

¹²⁹ *Supra*, nota 13, meta 1.3.

¹³⁰ *Ibid.*, meta 1.5.

¹³¹ *Ibid.*, meta 3.10. Nótese que esta meta se encuentra en la versión actual de Agenda «Espacio2030» entre corchetes, evidenciando que no existe todavía consenso sobre su pertinencia en la versión final de dicha agenda.

Este enfoque descendente de la gobernanza espacial internacional contrasta con el enfoque ascendente del que son reflejo los Acuerdos Artemisa, en los que un grupo reducido de Estados ha establecido un régimen jurídico para regular sus actividades espaciales al margen de la COPUOS y con una interpretación del Tratado del Espacio que pretenden universalizar. También son reflejo de este enfoque la *Space Act* estadounidense y la ley luxemburguesa¹³².

Además, debe tenerse en cuenta que aunque los Acuerdos hacen algunos guiños al multilateralismo y a la COPUOS, a nadie se le escapa que Estados Unidos pretende establecer con ellos su liderazgo y el de sus enfoques regulatorios sobre el espacio¹³³, con el riesgo de enfrentamientos y regulaciones competitivas por parte de otras potencias espaciales¹³⁴. Independientemente de que este enfoque llegue a triunfar en mayor o medida, un marco jurídico e, incluso, institucional, multilateral y propio de un modelo de gobernanza descendente —y en el que se basa también la regulación de otras áreas fuera de la jurisdicción nacional como la Antártica, la Zona, y, previsiblemente en breve, también las áreas marinas más allá de la jurisdicción nacional en general—¹³⁵, parece hacerse necesario para diseñar un régimen sobre los recursos espaciales mínimamente coordinado, sostenible y que tenga en cuenta los intereses de todos los Estados¹³⁶. En concreto, para garantizar a nivel universal, al menos: *a)* el uso pacífico, la no declaración de soberanía sobre los cuerpos celestes, y los demás principios básicos del Tratado del Espacio; *b)* la resolución de controversias, incluidas entre posibles jurisdicciones nacionales¹³⁷; *c)* la sostenibilidad y la protección del medio ambiente tanto del espacio ultraterrestre como de la Tierra¹³⁸; *d)* que esa exploración y explotación se realice en beneficio de toda la humanidad, teniendo en cuenta tanto la

¹³² Véase ANZALDÚA, A. B. y FINNIGAN, C., «From the Truman Proclamation to the Artemis Accords: steps toward establishing a bottom-up framework for governance in space», *The Space Review*, 26 de octubre de 2020.

¹³³ *Supra*, nota 124, pp. 12-13.

¹³⁴ Téngase en cuenta que en estos Acuerdos no se está contando con la participación de otras potencias espaciales como Rusia o China (la colaboración de la NASA con China ha sido prohibida por el congreso estadounidense), así como que varios Estados —más allá de los signatarios de estos Acuerdos— y empresas privadas están planeando distintos tipos de actividades dirigidas la exploración y la explotación de la Luna, Marte y otros cuerpos celestes. China, por ejemplo, anunció en 2019 su intención de establecer una zona económica espacial entre la Tierra y la Luna en 2050, comenzando con el desarrollo de un sistema de transporte espacial. Véase LELE, A., «China's Earth-Moon space economic zone venture», *The Space Review*, 11 de noviembre de 2019.

¹³⁵ Actualmente se encuentran en marcha las negociaciones intergubernamentales sobre un instrumento internacional jurídicamente vinculante en el marco de la CNUDM relativo a la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina de las zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional que comenzaron en 2018. El actual borrador de Proyecto de acuerdo (A/CONF.232/2020/3) incluye una propuesta de arreglos institucionales en su Parte VI.

¹³⁶ SU, J., «Legality of unilateral exploitation of space resources under international law», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 66, 2017, núm. 4, pp. 991-1008, esp. p. 1008.

¹³⁷ Como ya había augurado Ian Brownlie, «if and when the moon and other bodies are the objects of regular human activity, bases will be set up which may create some sort of possessory title. At any rate the existing rules need development to cope with the practical problems of peaceful but competing uses and matters of jurisdiction» (CRAWFORD, J., *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 9.^a ed., 2019, p. 335).

¹³⁸ Véase, entre otros, BOLEY, A. y BYERS, M., *op. cit.*

equidad intra como intergeneracional; e) la sujeción del sector privado a un mínimo de pautas de conductas universales¹³⁹, así como que f) no se pierdan oportunidades científicas¹⁴⁰. Asimismo, la mayoría de los principios contenidos en los propios Acuerdos Artemisa resultarán difícil de implementar adecuadamente sin la cooperación de los demás Estados que lleven a cabo actividades espaciales, y algún tipo de supervisión centralizada y supranacional.

En este sentido, desde la adopción de la *Space Act*, la ley luxemburguesa, y con más fuerza, desde el anuncio de los Acuerdos Artemisa, han surgido distintas iniciativas proponiendo marcos jurídicos universales para los recursos espaciales, como los «Elementos que podrían constituir una base para la elaboración de un marco internacional sobre las actividades relativas a los recursos espaciales»¹⁴¹, adoptado en 2019 por el Grupo Internacional de Trabajo de La Haya sobre la Gobernanza de los Recursos Espaciales; o las «Recomendaciones de Vancouver sobre la minería espacial»¹⁴², publicadas en abril de 2020 por el *Outer Space Institute* de la Universidad de British Columbia. Desde esta misma institución se promovió en octubre de 2020 —tras la adopción de los Acuerdos Artemisa— una carta abierta solicitando un acuerdo multilateral para la utilización de los recursos del espacio¹⁴³, una reclamación que han hecho con anterioridad otras instituciones académicas como el IISL¹⁴⁴.

A este respecto, el informe de la COPUOS sobre su 62.º periodo de sesiones (2019) recoge cómo durante sus debates¹⁴⁵ se expresó la opinión de que dicha Comisión «debía entablar un debate concreto y objetivo basado en los prin-

¹³⁹ Resulta muy ilustrativo que Elon Musk, director ejecutivo de la empresa *SpaceX*, ya haya declarado su intención de no reconocer el Derecho internacional en sus planes de colonización del planeta Marte, sino que elaborará sus propios principios de autogobierno. Véase «SpaceX de Elon Musk dice que “establecerá sus propias leyes en Marte”», *Independent en español*, 28 de octubre de 2020, https://www.independentespanol.com/tecnologia/elon-almizcle-spacex-leyes-marte-starlink-b1406348.html?utm_source=redirect. Recuérdese que en relación con las entidades privadas, el art. VI del Tratado del Espacio se limita a establecer la responsabilidad internacional del Estado por las actividades realizadas en el espacio, incluidas las de sus entidades no gubernamentales, y que las actividades de estas entidades no gubernamentales deberán ser autorizadas y fiscalizadas constantemente por el pertinente Estado parte. Véase también el art. 14 del Acuerdo de la Luna.

¹⁴⁰ En este sentido, en el art. 7.3 del Acuerdo de la Luna se preveía que sus Estados parte informarían a los demás Estados parte y al secretario general acerca de las zonas de la Luna que tengan especial interés científico, a fin de que se considere la posibilidad de declarar esas zonas reservas científicas internacionales para las que se concierten acuerdos de protección especiales.

¹⁴¹ *Elementos que podrían constituir una base para la elaboración de un marco internacional sobre las actividades relativas a los recursos espaciales. Documento de trabajo presentado por Luxemburgo y los Países Bajos*, 3 de febrero de 2020, COPUOS, Subcomisión de Asuntos Jurídicos, 59.º periodo de sesiones, Viena, 23 de marzo a 3 de abril de 2020, A/AC.105/C.2/L.315.

¹⁴² *Vancouver Recommendations on Space Mining*, Outer Space Institute, 20 de abril de 2020, http://www.outerspaceinstitute.ca/docs/Vancouver_Recommendations_on_Space_Mining.pdf.

¹⁴³ Texto disponible en <http://www.outerspaceinstitute.ca/docs/InternationalOpenLetterOnSpaceMining.pdf>.

¹⁴⁴ IISL, *IISL Directorate...*, op. cit., p. 42.

¹⁴⁵ Informe de la Comisión sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos, 62.º periodo de sesiones (12 a 21 de junio de 2019), Asamblea General, Documentos Oficiales, Septuagésimo cuarto periodo de sesiones, Suplemento núm. 20, A/74/20.

cipios y las normas del Tratado sobre el Espacio Ultraterrestre y encaminado a la creación de un mecanismo internacional para el control de la utilización de los recursos espaciales [...] que podría adoptar la forma de un acuerdo internacional jurídicamente vinculante o de un sistema de acuerdos» y «establecería una base fiable para la reglamentación nacional y la realización de las actividades pertinentes sin conflictos»¹⁴⁶, así como de que la explotación de los recursos espaciales «requería el establecimiento de un marco internacional adecuado dentro del cual pudieran hallarse soluciones equitativas, sostenibles y racionales en el futuro, y de que, dadas no solo las consecuencias económicas y políticas, sino también el efecto que podría tener esa cuestión en la aplicación e interpretación de los tratados, correspondía exclusivamente a los Estados y, por consiguiente, a la Comisión, examinar la cuestión»¹⁴⁷.

En este sentido se ha pronunciado también el Profesor Juan Manuel de Faramiñán Gilbert, para quien:

«Cabe preguntarse sobre la oportunidad de arbitrar un sistema global de explotación de los minerales en el espacio ultraterrestre, coordinado por un organismo internacional que custodie la regular exploración y de los recursos evitando un deterioro medioambiental y que los resultados puedan ser debidamente repartidos en beneficio de la comunidad internacional. Esto no es óbice para que las empresas privadas que colaboran en esas compañías puedan beneficiarse también económicamente, pero sin que estos beneficios redunden exclusivamente en aquellos que poseen las capacidades tecnológicas y los medios económicos para la mencionada explotación, dado que, además, estamos hablando de recursos naturales limitados que han tardado millones de años en formarse y que, sin el debido control, pueden ser absolutamente esquilmos»¹⁴⁸.

Quizá los Acuerdos Artemisa sirvan precisamente para visibilizar la necesidad de un marco jurídico internacional para la exploración y explotación de los recursos espaciales, y acelerar una respuesta multilateral universal a los desafíos jurídicos del *New Space* en general en el seno de la COPUOS. En todo caso, los trabajos en este ámbito no se presentan fáciles, teniendo en cuenta también todo el abanico de posibilidades que se abre a la hora de diseñar el contenido de este régimen jurídico, incluyendo posibles regímenes distintos para distintos tipos de recursos —comenzando probablemente por la minería espacial, que es el sector que más interés despierta en la actualidad— y según sean objeto de actividades comerciales o de utilización *in situ*, o, incluso, el establecimiento de una moratoria internacional mientras no se desarrolle un mínimo régimen jurídico multilateral internacional¹⁴⁹. El

¹⁴⁶ Punto 34.

¹⁴⁷ Punto 35.

¹⁴⁸ FARAMIÑÁN GILBERT, J. M. DE, *Las controvertidas...*, *op. cit.*, pp. 68-69.

¹⁴⁹ Por ejemplo, el Parlamento Europeo ha realizado un llamamiento internacional en pro de una moratoria en la explotación comercial de los fondos marinos hasta que sus efectos sobre el medio ambiente y las actividades humanas no se hayan investigado suficientemente [*European Parliament Resolution of 16 January 2018 on international ocean governance: an agenda for the future of our oceans in the context of the 2030 SDGs* (2017/2055(INI)), párr. 42], si bien de momento continúan en el seno de la Autoridad los trabajos para la adopción de un Reglamento para la explotación de recursos mineros de la Zona.

desarrollo de la diplomacia espacial¹⁵⁰ resultará crucial para que fructifiquen esas negociaciones.

Más allá de para la exploración y explotación de los recursos espaciales, la idea de establecer algún tipo de estructura institucional e, incluso, una Organización Internacional del Espacio, no es nueva, sino que se planteó ya en 1968 durante la Primera Conferencia de las Naciones Unidas para la exploración y utilización pacífica del espacio ultraterrestre (UNISPACE), así como por diversos autores, que han buscado paralelismos y ejemplos de buenas prácticas en otras organizaciones internacionales existentes en relación con espacios que guardan similitudes con el espacio ultraterrestre, como la Autoridad Internacional sobre los Fondos Marinos y Oceánicos, la estructura institucional del Sistema del Tratado Antártico, la Organización de Aviación Civil Internacional, o la Unión Internacional de Telecomunicaciones¹⁵¹.

7. CONSIDERACIONES FINALES

Los Acuerdos Artemisa se han firmado en un momento en el que empieza a ser evidente un desajuste entre el estado de desarrollo del Derecho del espacio y los desafíos que plantean las actividades espaciales propias del *New Space* y en el que, entre otras cuestiones, el *Corpus Iuris Spatialis* carece todavía de normas claras y universalmente aceptadas para regular la exploración y explotación de los recursos espaciales. Estos Acuerdos contienen tanto principios que podemos considerar clásicos en el ámbito del Derecho del espacio como otros que todavía se estarían consolidando, al mismo tiempo que introduce algunas nociones controvertidas, como la de zonas de seguridad en el contexto del principio sobre la reducción del riesgo de conflicto en torno a las actividades espaciales.

En relación con el desarrollo que hacen del régimen de los recursos espaciales, estos Acuerdos probablemente contribuyan a consolidar una interpretación del principio de apropiación del art. II del Tratado del Espacio en el sentido de que resulte solo de aplicación a los cuerpos celestes en su conjunto, y no a sus recursos naturales en concreto, cuya explotación estaría abarcada por la libertad de exploración y utilización del espacio. Aún en este caso, se hace necesario el establecimiento de un marco jurídico e, incluso, institucional, universal que pautе su exploración y explotación. Esperemos que estos acuerdos sirvan así también de revulsivo y provoquen una revitalización de un modelo de gobernanza multilateral y descendente como el que representa la COPUOS

¹⁵⁰ Véase el Objetivo General 4 de la Agenda «Espacio2030», y FARAMIÑÁN GILBERT, J. M. DE, «Nuevas propuestas...», *op. cit.*, pp. 129-134.

¹⁵¹ Véanse, entre otros, OROZCO SÁENZ, M., «Una organización mundial para el espacio ultraterrestre: reflexiones jurídicas relativas a su creación», *Anuario Español de Derecho Internacional*, 2012, núm. 28, pp. 305-334; FARAMIÑÁN GILBERT, J. M. DE, «Reflexiones sobre la posible creación de una alta autoridad del espacio ultraterrestre», en DRNAS DE CLÉMENT, Z. (coord.), *Estudios de derecho internacional en homenaje al profesor Ernesto J. Rey Caro*, vol. 1, 2002, pp. 275-290; TRONCHETTI, F., *op. cit.*

y en el que se desarrolle un marco jurídico que garantice el cumplimiento de los principios básicos del Tratado del Espacio en el desarrollo de todas las actividades espaciales y otros emergentes como el de su sostenibilidad a largo plazo. El desarrollo de la diplomacia espacial, tal y como se plantea en la Agenda «Espacio2030», es decir, fomentando la creación de alianzas, la gobernanza global y la cooperación internacional, resultará crucial para garantizar que esas actividades redunden efectivamente en el beneficio de toda la humanidad y no solo en el de un grupo reducido de Estados o empresas privadas. Sin duda, se avecinan unos años fascinantes en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre y en el desarrollo de su régimen jurídico.

RESUMEN

¿HACIA UN CAMBIO DE PARADIGMA EN EL DERECHO DEL ESPACIO ULTRATERRESTRE?: LOS ACUERDOS ARTEMISA

El estado actual de desarrollo del Derecho del espacio ultraterrestre se enfrenta a importantes desafíos derivados de las nuevas actividades de exploración y explotación del espacio. En este contexto, varios Estados, bajo los auspicios de Estados Unidos, firmaron en octubre del año 2020 los «Acuerdos Artemisa. Principios para la cooperación en la exploración civil y el uso de la Luna, Marte, cometas y asteroides para fines pacíficos». Este artículo analiza la posible contribución de estos Acuerdos al afianzamiento de un cambio de paradigma en el Derecho del espacio ultraterrestre, sobre todo en relación con dos aspectos. Por un lado, respecto a su propio desarrollo, al haber sido adoptados al margen de la Comisión sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos (COPUOS) de las Naciones Unidas, el foro en el que se ha configurado históricamente el Derecho del espacio. En segundo lugar, en relación con el régimen jurídico de los recursos espaciales, al consolidar una interpretación del principio de no apropiación que legitima su explotación.

Palabras clave: Derecho del espacio ultraterrestre, COPUOS, Acuerdos Artemisa, gobernanza de las actividades espaciales, diplomacia espacial, recursos espaciales, zonas de seguridad.

ABSTRACT

TOWARDS A PARADIGM SHIFT IN THE LAW OF OUTER SPACE?: THE ARTEMIS ACCORDS

The current state of development of outer space law faces significant challenges arising from new space exploration and exploitation activities. In this context, several States, under the auspices of the United States, signed in October 2020 the «Artemis Accords. Principles for cooperation in the civil exploration and use of the Moon, Mars, comets and asteroids for peaceful purposes». This paper examines the possible contribution of these Accords to the consolidation of a paradigm shift in the Law of Outer Space, especially in relation to two aspects. On the one hand, with respect to their own development, as they were adopted outside the United Nations Committee on the Peaceful Uses of Outer Space (COPUOS), the forum in which space law has historically been configured. Second, in relation to the legal regime of space resources, by consolidating an interpretation of the principle of non-appropriation that legitimizes their exploitation.

Keywords: outer space law, COPUOS, Artemis Accords, governance of space activities, space diplomacy, spaces resources, safety zones.



BIOLOGÍA SINTÉTICA Y DERECHO INTERNACIONAL: DÉBILES CONSENSOS ANTE DESAFÍOS INMENSOS

Xavier PONS RAFOLS*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: LA BIOLOGÍA SINTÉTICA COMO OBJETO DE REGULACIÓN INTERNACIONAL.—2. LA EDICIÓN GENÓMICA HUMANA Y LOS DERECHOS HUMANOS.—2.1. Los principios jurídicos universales de aplicación a la edición genómica humana.—2.2. La gobernanza, supervisión y regulación de las intervenciones sobre el genoma humano.—3. LOS IMPULSORES GENÉTICOS MODIFICADOS Y LA BIODIVERSIDAD.—3.1. La edición genética en animales, plantas o microorganismos y la conservación y desarrollo sostenible de la biodiversidad.—3.2. Los nuevos problemas de la seguridad en la biotecnología derivados de la biología sintética.—4. CONSIDERACIONES FINALES.

1. INTRODUCCIÓN: LA BIOLOGÍA SINTÉTICA COMO OBJETO DE REGULACIÓN INTERNACIONAL

Los vertiginosos avances científicos de las últimas décadas en el campo de la biología y la biotecnología nos han situado ante auténticas nuevas fronteras del conocimiento y de la investigación científica. La gran proyección futura que se vislumbra en este campo del saber científico constituye el más directo y claro incentivo para abordar este estudio. En este sentido, y de manera inicial, conviene indicar, de un lado, que estas nuevas tecnologías en la biología, que denominamos globalmente biología sintética, permiten la alteración estructural de la dotación genética de los seres vivos, posibilitando también la creación y modificación de vida a partir de materia inanimada; y, de otro lado, que estos desarrollos científicos y tecnológicos tienen una inmensa proyección y múltiples usos y aplicaciones de todo tipo en el amplio ámbito de la ingeniería genética, la biomedicina y la biotecnología. Se trata, en efecto, de novedosas técnicas —de biología de sistemas— que tienen

* Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Barcelona (xpons@ub.edu). Este estudio se enmarca en un proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y en las actividades de la Cátedra Jean Monnet de Derecho Ambiental de la Unión Europea de la Universidad de Barcelona. Todas las páginas web de referencia han sido consultadas por última vez el 10 de mayo de 2021.



aplicaciones tan relevantes científicamente como la corrección de déficits genéticos, la caracterización de la función biológica de una proteína, la caracterización del impacto clínico de una mutación o la obtención de proteínas de interés comercial, que derivan en múltiples utilidades sociales, económicas y sanitarias. Lo que también resulta evidente es que se trata de nuevas técnicas y herramientas con efectos o implicaciones que pueden resultar tanto positivas como negativas para la salud humana y para la biodiversidad y el medio ambiente.

Todos estos desarrollos de la ingeniería genética y la biotecnología se han acelerado de manera exponencial en poco más de sesenta años desde que, en 1953, Rosalind Franklin, James D. Watson, Francis Crick y M. H. Frederick Wilkins demostraron la estructura de doble hélice del ácido desoxirribonucleico (en adelante ADN). En los años setenta del siglo pasado se avanzó en la técnica del ADN recombinante, que facilitaba la creación de una molécula de ADN artificial formada de manera deliberada *in vitro* y que permitía, así, añadir nuevas secuencias de ADN con las consiguientes modificaciones genéticas. De tal forma que ya en los años ochenta y noventa del siglo xx estos avances científicos en la bioquímica y en la estructura molecular de las células condujeron a los primeros desarrollos de organismos modificados genéticamente (en adelante OMG) y a su posterior comercialización. Un salto ulterior vino de la mano, en 1996, del hito de la oveja Dolly y de la clonación animal mediante transferencia nuclear de células adultas, a lo que siguió, en el año 2001, la presentación de la completa secuenciación del genoma humano y los primeros organismos con un código genético creado en laboratorio ya entrado el siglo XXI. Los últimos estadios de este proceso acelerado de ciencia de frontera han sido la rapidez en el dominio, a partir del año 2012, de las técnicas de edición genómica, fundamentalmente las herramientas y sistemas CRISPR/Cas9¹, que constituyen la más potente y trascendental revolución científica en este campo del conocimiento, generando enormes potencialidades y expectativas.

En la perspectiva que adoptamos en este estudio nos centraremos en la edición genómica propiamente dicha, es decir, en la capacidad técnica para añadir, eliminar o alterar zonas específicas del ADN, modificando así el código genético de las células². Como veremos, este procedimiento —cuyo epítome son las técnicas CRISPR/Cas9— tiene numerosas derivadas biotecnológicas de todo tipo, pero a lo largo de este trabajo nos vamos a referir, especialmente, a dos aspectos principales derivados del uso de estas herramientas: de un lado, el referido a la edición genómica humana, es decir, a la investigación en biomedicina y a las terapias génicas dirigidas aplicadas a seres humanos que,

¹ Siglas en inglés de Repeticiones Palindrómicas Cortas Agrupadas y Regularmente Interespaciadas - *Clustered Regularly Interspaced Short Palindromic Repeats* (CRISPR). La Cas9 (*CRISPR associated protein 9*) es una enzima endonucleasa de ADN asociada con el sistema CRISPR.

² Véase, en general, sobre las técnicas CRISPR/Cas9, con una perspectiva muy sugerente y atractiva de divulgación científica, MONTOLIU, L., *Editando genes: recorta, pega y colorea. Las maravillosas herramientas CRISPR*, Pamplona, Next Door Publishers, 2019.

además de a células somáticas, podrían acabar afectando a la línea germinal humana; y, de otro lado, el referido a los avances en la edición genética en agricultura y ganadería y, en particular, al desarrollo de impulsores genéticos modificados (*gene drives*) en relación con cualquier especie u organismo vivo —animales, plantas o microorganismos— que facilitan que el gen editado o alterado se reproduzca y disemine con una probabilidad más alta —superior al 50 por 100— y, por tanto, más rápidamente, en poblaciones sucesivas.

Desde el punto de vista del Derecho internacional, todas estas técnicas se encuadran bajo la noción amplia y extensa de biotecnología adoptada en el Convenio sobre la Diversidad Biológica (en adelante CDB), de 5 de junio de 1992³, que la definía, en general, como «toda aplicación tecnológica que utilice sistemas biológicos y organismos vivos o sus derivados para la creación o modificación de productos o procesos para usos específicos»⁴. De manera más concreta, el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología, de 29 de enero de 2000⁵, entiende por «biotecnología moderna» la aplicación de: «a) técnicas *in vitro* de ácido nucleico, incluidos el ácido desoxirribonucleico (ADN) recombinante y la inyección directa de ácido nucleico en células u orgánulos, o b) la fusión de células más allá de la familia taxonómica, que superan las barreras fisiológicas naturales de la reproducción o de la recombinación y que no son técnicas utilizadas en la reproducción y selección tradicional»⁶. Es decir, en el Protocolo de Cartagena se adoptó un concepto más acotado desde una perspectiva técnico-científica y referido solo a las modernas técnicas no convencionales que posibilitan cambios en el material genético⁷. No obstante, los nuevos métodos de mutagénesis dirigida y, en especial, las técnicas CRISPR/Cas9 de edición genómica han acabado por desbordar claramente estos conceptos definidos convencionalmente en el plano internacional. En realidad, como estamos subrayando, estas nuevas técnicas permiten llevar a cabo cambios dirigidos en la secuencia del ADN, posibilitando así la creación de nuevas secuencias genéticas y, por tanto, de nuevos organismos vivos que pueden tener nuevas funcionalidades y que no están presentes de forma natural⁸.

Atendiendo a que estas nuevas técnicas difieren cualitativamente de las anteriores se ha cuestionado en los últimos años, de un lado, si la regulación jurídica existente, fundamentalmente sobre los OMG, sigue resultando adecuada; y, de otro lado, se ha avanzado en la adopción de un concepto

³ BOE núm. 27, de 1 de febrero de 1994, p. 3113.

⁴ Art. 2 CBD.

⁵ BOE núm. 181, de 30 de julio de 2003, p. 29509.

⁶ Art. 3 del Protocolo de Cartagena.

⁷ Véase, por ejemplo, sobre el alcance general de estas nociones en PÉREZ SALOM, J. R., *Recursos Genéticos, Biotecnología y Derecho Internacional. La Distribución Justa y Equitativa de Beneficios en el Convenio sobre Biodiversidad*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson, 2002, pp. 35 y ss.

⁸ Dicho de otra manera, la edición genómica implica una manipulación precisa del ADN para obtener características y funciones específicas previamente inexistentes. Todo ello, además, con un procedimiento técnico que se ha revelado, en muy pocos años, como extraordinariamente preciso, específico, accesible, económico, versátil, eficiente y seguro.

de biología sintética que permitiera su aproximación comprensiva y, en su caso, el abordaje de su regulación jurídica, ya fuera a nivel nacional o internacional⁹. En este último sentido, en la Conferencia de las Partes en el CBD se adoptó, en 2016, lo que se vino en denominar una «definición operativa» de la biología sintética, entendiéndose por tal «un nuevo avance y una nueva dimensión de la biotecnología moderna que combina la ciencia, la tecnología y la ingeniería para facilitar y acelerar la comprensión, el diseño, el rediseño, la fabricación y la modificación de materiales genéticos, organismos vivos y sistemas biológicos»¹⁰. En el último informe de la Secretaría ejecutiva del CBD se confirma el consenso sobre esta definición operativa como un útil punto de partida a efectos de facilitar las deliberaciones científicas y técnicas, aunque todavía existe debate sobre cómo definir mejor la noción de biología sintética¹¹.

De lo que no hay duda es que todos estos desarrollos científicos y tecnológicos tienen importantes aplicaciones, ya sea en el campo de la agricultura y la producción animal; en el sector industrial químico y energético, con la producción de nuevos biocombustibles; en el sector farmacéutico, parafarmacéutico y cosmético; o en el sector de la biomedicina, con la utilización de terapias génicas ante determinadas enfermedades o la experimentación embrionaria¹². Sin embargo, resulta también obvio que, junto a estas grandes utilidades, la biología sintética suscita también elevados riesgos potenciales que, de manera general, pueden afectar a la salud humana y al medio ambiente. Así, las incertidumbres científicas persistentes ante los posibles efectos colaterales desconocidos de la edición genómica y, en particular, de la utilización de terapia génica en seres humanos; o los riesgos para la biodiversidad de la liberación voluntaria o involuntaria de las modificaciones genéticas producidas a partir de impulsores genéticos modificados; o los riesgos medioambientales de la producción de biocombustibles o de nuevos productos y componentes químicos. Por no hablar de los riesgos de la posible utilización dual de las técnicas de ingeniería genética, con finalidades ya sea militares, ya sea de carácter bioterrorista.

En otras palabras, la biología sintética puede tener importantes implicaciones, positivas y negativas, tanto para la salud humana como para la conser-

⁹ Hasta 35 definiciones de biología sintética incorpora en un anexo el dictamen adoptado por los comités científicos de la Comisión Europea, Scientific Committee on Health and Environmental Risks (SCHER), Scientific Committee on Emerging and Newly Identified Health Risks (SCENIHR), Scientific Committee on Consumer Safety (SCCS), *Opinion on Synthetic Biology I. Definition*, European Commission 2014, disponible en <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/4ee360d4-d3af-11e5-a4b5-01aa75ed71a1/language-en>.

¹⁰ Decisión XIII/17, párr. 4.

¹¹ Véase Documento CBD/SSBTTA/24/4/Rev.1, de 18 de diciembre de 2020, párr. 24.

¹² Sobre los mitos y las expectativas engañosas que generan socialmente todas estas aplicaciones y utilidades véase, por ejemplo, PUIGDOMÉNECH, P., «Mitos y contramitos en la biología moderna», *Paradigma: Revista Universitaria de Cultura*, 2007, núm. 4, pp. 3-7; BELLVER-CAPELLA, V., «Biotecnología 2.0: las nuevas relaciones entre la biotecnología aplicada al ser humano y la sociedad», *Persona y Bioética*, vol. 17, 2012, núm. 2, pp. 87-107.

vación de la biodiversidad, por lo que deviene necesaria la regulación jurídica de la utilización y los usos de la biología sintética. En este sentido, numerosos Estados, y la misma Unión Europea, han ido adoptando regulaciones internas diversas sobre la aprobación de organismos modificados, sobre los controles en laboratorios, sobre la liberación ambiental, sobre el análisis y evaluación de los riesgos e impactos, o sobre el etiquetado y trazabilidad de los nuevos componentes, productos y organismos fruto de la biotecnología. Este limitado desarrollo normativo interno ha puesto de manifiesto las posiciones contradictorias de los Estados en relación con la biotecnología, expresión de las diferentes capacidades tecnológicas existentes y de las posiciones políticas sobre las aplicaciones y la seguridad de estas tecnologías.

Sin embargo, todas las oportunidades y todos los riesgos de la biología sintética tienen un alcance universal y deberían abordarse, por tanto, desde la cooperación internacional y desde el Derecho internacional y las instituciones internacionales. En este orden de ideas, la regulación de la biología sintética podría presentarse todavía, en parte, como prematura y, por ello, mecanismos innovativos de *soft law*, incluso aquellos establecidos por los propios sectores interesados —ya sean científicos o industriales—, podrían resultar adecuados, tanto a escala interna como internacional, porque también pueden adoptarse y modificarse más rápidamente que las normas de *hard law*¹³. A fin de cuentas, y para completar el escenario, también es cierto que la exponencial aceleración científica en este campo está haciendo que tanto las normas nacionales como las pocas normas internacionales existentes queden rápidamente desfasadas.

En definitiva, las inmensas oportunidades y riesgos que presenta la biología sintética han sido objeto de atención por parte de los Estados y de las instituciones internacionales y han puesto de manifiesto la necesidad de un abordaje multifactorial y de una regulación de alcance multilateral, que carece todavía del necesario consenso internacional. A esta perspectiva —desde el punto de vista del Derecho internacional y de estas múltiples encrucijadas normativas— se dedican estas páginas que, por razones de espacio, se limitan a dos de las principales implicaciones sustantivas actuales de la biología sintética¹⁴. De tal manera que, después de esta Introducción al objeto de estudio y al objeto de estudio como objeto de regulación internacional (1), abordaremos la orientación del Derecho internacional en relación con la edición genómica humana, es decir, las implicaciones de la biología sintética en la salud humana, cubriendo así la perspectiva de la bioética y de los derechos huma-

¹³ Véase, por ejemplo, en este sentido, MANDEL, G. N. y MARCHANT, G. E., «The Living Regulatory Challenges of Synthetic Biology», *Iowa Law Review*, vol. 100:155, 2014, esp. pp. 194-196.

¹⁴ Existen muchos otros elementos de trascendencia jurídica internacional en relación con la biología sintética como la patentabilidad y la propiedad intelectual de los nuevos componentes, productos u organismos, o la misma patentabilidad de las secuencias genéticas de determinadas especies, el comercio de estos productos y el régimen del comercio internacional y los riesgos sanitarios y fitosanitarios, la protección de la salud animal, la seguridad alimentaria y la salud del consumidor o las disposiciones internacionales sobre prohibición de armas biológicas, por citar solo algunas de estas múltiples dimensiones.

nos en relación con la investigación y la terapia génica (2). Analizaremos, posteriormente, las respuestas del Derecho internacional y de las instituciones internacionales a los desafíos que las técnicas de la biología sintética, con la edición genética y el desarrollo de los impulsores genéticos modificados, presentan para la biodiversidad (3).

2. LA EDICIÓN GENÓMICA HUMANA Y LOS DERECHOS HUMANOS

Nuestro punto de partida radica en el hecho de que las técnicas de edición genómica permiten la modificación genética precisa en diferentes células y tejidos, incluidos los humanos. Es decir, pueden modificar el genoma humano, lo que ha abierto importantes expectativas, pero también grandes riesgos y fundados temores. La aceleración del uso de las técnicas de edición genómica CRISPR/Cas9 permite ya en la actualidad la experimentación y la utilización de terapias génicas ante determinadas enfermedades —actuando y editando células somáticas adultas para aplicaciones terapéuticas— o para lo que podríamos denominar mejoras (*enhancement*) no estrictamente terapéuticas o, incluso, la experimentación y actuación en células embrionarias, es decir, en la línea germinal (o hereditaria), lo que puede condicionar o afectar gravemente a la descendencia del ser humano¹⁵. En este sentido, cabría distinguir diferentes posibilidades de la edición genómica: la edición genómica en células somáticas, ya sea para investigación básica o para terapia génica de pacientes; la edición genómica en embriones, células embrionarias o células germinales humanas para fines de investigación básica; la edición genómica para hacer frente a patologías genéticas graves mediante la terapia génica embrionaria; y la posibilidad —la más controvertida— de la edición genómica para mejorar la especie humana, modificando sus capacidades cognitivas, intelectuales, físicas o de otro tipo, algo que ya ha dejado de ser mera ciencia ficción y que puede abrir la puerta a planteamientos selectivos y eugenésicos¹⁶.

Estos riesgos hipotéticos¹⁷, que se temían ya desde hace unos años, pueden ser hoy día perfectamente factibles con las nuevas técnicas CRISPR/Cas9. Así,

¹⁵ Véase, en general, sobre el estado de la cuestión en SANTALÓ, J. y CASADO, M. (coords.), *Documento sobre bioética y edición genómica en humanos*, Observatori de Bioètica i Dret, Universitat de Barcelona, 2016, pp. 25 y ss.

¹⁶ Véase, por ejemplo, sobre las implicaciones bioéticas de todo ello en BELLVER CAPELLA, V., «La revolución de la edición genética mediante CRISPR-Cas9 y los desafíos éticos y regulatorios que comporta», *Cuadernos de Bioética*, vol. XXVII, 2016, núm. 2, pp. 223-239; LÓPEZ BARONI, M. J., MARFANY, G. y DE LECUONA, I., «La edición genómica aplicada a seres humanos: aspectos éticos, jurídicos y sociales», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 2017, núm. 46, pp. 317-340; y sobre las implicaciones en términos del Derecho internacional de los derechos humanos en YOTOVA, R., «Regulating Genome Editing under International Human Rights Law», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 69, julio de 2020, pp. 653-684.

¹⁷ Con la «inevitable pendiente resbaladiza». Véase, por ejemplo, DE MIGUEL BERIAIN, I. y PAYÁN ELLACURÍA, E., «Retos éticos y jurídicos que plantea la edición genética embrionaria a la luz del marco legal vigente en el ámbito europeo: una mirada crítica», *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XXXV, 2019, pp. 71-92.

entre otros experimentos más o menos conocidos¹⁸, en noviembre de 2018 el investigador chino He Jiankui, de la Universidad de Shenzhen, anunció que había aplicado esta técnica para el nacimiento de dos hermanas gemelas a las que se confirió resistencia al virus del VIH a través de la delección de determinados genes. El anuncio se hizo en el contexto de una reunión científica de especialistas en la materia, la segunda *International Summit on Human Gene Editing*, obteniendo, de inmediato, el rechazo de la comunidad científica¹⁹. Lo más paradójico fue, quizá, el hecho de que, precisamente, en la primera *International Summit*, celebrada en 2015, la comunidad científica había acordado la pertinencia del criterio de precaución y consensuado que no se debería proceder a estas experimentaciones sin haberse resuelto antes las cuestiones pertinentes de seguridad y eficiencia, y sin haberse alcanzado antes un amplio consenso social²⁰. En este sentido, desde la misma comunidad científica se han planteado recurrentemente diversas iniciativas y declaraciones alertando de los riesgos de estas técnicas y de su uso clínico en la línea germinal humana, reclamando una moratoria y exigiendo un consenso social más amplio —incluido un marco internacional— antes de permitir estos desarrollos²¹.

En cualquier caso, debe indicarse que son muy pocos los instrumentos jurídicos internacionales existentes aplicables a la edición genómica humana y, fundamentalmente, además de ser esencialmente de *soft law*, fueron adoptados con anterioridad al desarrollo de las nuevas técnicas de edición genómica. Las posibilidades y los riesgos abiertos con estos nuevos desarrollos son enormes y el salto científico es exponencial y, sin embargo, se constata rápidamente que se trata de una cuestión que, en el plano internacional y pese a su perentoria urgencia y necesidad, apenas tiene desarrollos normati-

¹⁸ Los primeros intentos de modificar genéticamente un embrión humano se anunciaron ya en el año 2015 por parte de investigadores chinos (LIANG, P. *et al.*, «CRISPR/Cas9: mediated gene editing in human tripronuclear zygotes», *Protein Cell*, vol. 6, 2015, núm. 5, pp. 363-372). Bajo otra perspectiva y más recientemente, en abril de 2021, un equipo liderado por el español Juan Carlos Izpisua anunció el desarrollo factible de quimeras, mediante la creación de embriones con mezcla de genes de monos y de seres humanos (TAN, T. *et al.*, «Chimeric contribution of human extended pluripotent stem cells to monkey embryos *ex vivo*», *Cell*, 15 de abril de 2021, núm. 184, pp. 2020-2032).

¹⁹ La declaración del Comité Organizador de esta *Second International Summit on Human Genome Editing*, celebrada en 2018, indicaba, en relación con el experimento de He Jiankui, que «*the procedure was irresponsible and failed to conform with international norms*» y que era una evidencia de «*a failure of self-regulation by the scientific community*» (véase en <https://www.nap.edu/read/25343/chapter/1#2>, p. 3).

²⁰ La declaración adoptada por el Comité Organizador de la reunión, celebrada en 2015, reconocía, en este sentido, que: «*It would be irresponsible to proceed with any clinical use of germline editing unless and until (i) the relevant safety and efficacy issues have been resolved, based on appropriate understanding and balancing of risks, potential benefits, and alternatives, and (ii) there is broad societal consensus about the appropriateness of the proposed application. Moreover, any clinical use should proceed only under appropriate regulatory oversight*» (véase en <https://www.nap.edu/read/21913/chapter/1>, p. 7).

²¹ Véanse, por ejemplo, BALTIMORE, D. *et al.*, «A prudent path forward for genomic engineering and germline gene modification», *Science*, vol. 348, 2015, núm. 6.230, pp. 36-38; LANDER, E. *et al.*, «Adopt a moratorium on heritable genome editing», *Nature*, vol. 567, 14 de marzo de 2019, pp. 165-168. Una de las últimas declaraciones a este respecto, manifestando su profunda preocupación por algunos de los experimentos ya realizados, es el *Geneva Statement on Heritable Human Genome Editing: The Need for Course Correction* (véase la Declaración en *Trends in Biotechnology*, vol. 36, 2021, núm. 4, pp. 351-354).

vos. Lo que existe, ante la innegable evidencia de los avances —con sus oportunidades y sus riesgos—, son diferentes iniciativas que pretenden reforzar y actualizar principios jurídicos universales ya existentes (2.1) o desarrollar estándares globales y promover la gobernanza, supervisión y regulación de las intervenciones sobre el genoma humano (2.2). Estas iniciativas, recientes y aún inconclusas, tienen, además, diferentes contextos institucionales, por lo que su análisis nos permitirá movernos alrededor de los últimos desarrollos operados en el marco de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y del Consejo de Europa.

2.1. Los principios jurídicos universales de aplicación a la edición genómica humana

La primera consideración a formular es el hecho de que la edición genómica humana debe relacionarse directamente con la protección de los derechos humanos y con el principio fundamental de la dignidad de todos los seres humanos y de la igualdad entre todos ellos, que ya vienen proclamados desde la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. A lo que cabe añadir, de manera también general, que debe entenderse que el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano²². Esta perspectiva, con la orientación focalizada en la bioética y los derechos humanos, fue asumida en los años noventa por la UNESCO en paralelo a los desarrollos científicos que se estaban produciendo en el campo de la biología y la genética, adoptándose diversas Declaraciones. Se trata de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (en adelante DUGHDH) adoptada en 1997²³ y de la Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras también de 1997²⁴, primera etapa de un proceso que, después de la adopción de la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos²⁵, culminó, en el año 2005, con la adopción de la fundamental Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (en adelante DUBDH)²⁶.

²² Como indica el preámbulo de la Constitución de la OMS y como está reconocido en el art. 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el art. 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

²³ Adoptada por la Conferencia General en su 29.ª reunión, el 11 de noviembre de 1997 (Resolución 29 C/16).

²⁴ Adoptada por la Conferencia General en su 29.ª reunión, el 12 de noviembre de 1997 (Resolución 29 C/31).

²⁵ Adoptada por la Conferencia General en su 32.ª reunión, el 16 de octubre de 2003 (Resolución 32 C/22).

²⁶ Adoptada por la Conferencia General en su 33.ª reunión, el 19 de octubre de 2005 (Resolución 33 C/36). Véase en español sobre esta DUBDH las completas obras de GROS ESPIELL, H. y GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (coords.), *La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*, Granada, Comares, 2006; CASADO, M. (coord.), *Sobre la Dignidad y los Principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*, Cizur Menor, Thomson Reuters, 2009.

Esta última establece, de manera completa y sistemática, el catálogo de principios jurídicos universales que recogen los valores éticos comunes que han de orientar los adelantos científicos relacionados con la medicina, las ciencias de la vida y las tecnologías conexas aplicadas a los seres humanos. Estos textos internacionales establecen, por tanto, principios generales en relación también con el genoma humano y las intervenciones sobre el mismo que resultan plenamente de aplicación a las actuales y nuevas técnicas de edición genómica. Tienen la virtualidad, además, de conectar todas estas dimensiones bioéticas con los derechos humanos y, en esencia, como hemos señalado, con el principio fundamental de la dignidad del ser humano. Así, además de este principio fundamental, estas declaraciones recogen, entre otros, el principio del consentimiento informado, el de la no discriminación —también de la no discriminación genética—, el de la privacidad de los datos genéticos, el de la evaluación de riesgos y el de los derechos de las futuras generaciones, todos ellos plenamente aplicables a las intervenciones en el genoma humano²⁷.

La DUGHDH considera que el genoma humano, tal como se establece en su art. 1, «es la base fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad intrínseca y su diversidad» acompañado de la idea-fuerza de que, en sentido simbólico, «el genoma humano es patrimonio de la humanidad»²⁸. En relación con las investigaciones o intervenciones sobre el genoma humano la DUGHDH prevé que ninguna investigación relativa al genoma humano ni ninguna de sus aplicaciones «podrá prevalecer sobre el respeto de los derechos humanos, de las libertades fundamentales y de la dignidad humana de los individuos o, si procede, de grupos de individuos»²⁹. Específicamente relacionado con las intervenciones genéticas, en la DUGHDH se prohíbe «la clonación con fines de reproducción de seres humanos» en el contexto de la prohibición de las prácticas que sean contrarias a la dignidad humana³⁰.

De alguna manera, ya a finales de los años noventa del siglo pasado existía un cierto consenso internacional en relación con el principio de que las intervenciones en el genoma humano solo debían llevarse a cabo por razones preventivas, terapéuticas o diagnósticas³¹. En todo caso, no existía entonces un consenso claro —como tampoco existe ahora— sobre la prohibición de la investigación y de la aplicación clínica de la edición genómica en la línea germinal, y se apostaba más por la moratoria o por la toma en consideración del criterio precautorio. De ahí también que desde el Comité Internacional de

²⁷ Véase, en general, sobre ello, PONS RAFOLS, X., «Biomedicina y Derecho Internacional: nuevas fronteras de la ciencia, nuevas dimensiones de los derechos humanos», en BADIA MARTÍ, A., PIGRAU SOLÉ, A. y OLESTI RAYO, A. (coords.), *El Derecho internacional ante los retos de nuestro tiempo. Homenaje a la profesora Victoria Abellán Honrubia*, vol. I, Barcelona, Marcial Pons, 2009, pp. 571-597.

²⁸ Véase, en especial, FARAMIÑÁN GIBERT, J. M. DE, «Los Bienes Intangibles de la Especie Humana (el Genoma Humano como Patrimonio Común de la Humanidad)», *Héctor Gros Espiell Amicorum Liber, Persona Humana y Derecho Internacional*, Bruselas, Bruylant, 1997, pp. 311-337.

²⁹ Art. 10 DUGHDH.

³⁰ Art. 11 DUGHDH.

³¹ YOTOVA, R., *op. cit.*, pp. 658 y 671.

Bioética de la UNESCO (*International Bioethics Committee*, IBC en adelante) se concluyera, en 2003, que, atendiendo a los numerosos problemas técnicos y a las incertidumbres sobre los posibles efectos nocivos para las generaciones futuras, «*germline interventions has been strongly discouraged or legally banned*»³².

Estas declaraciones de la UNESCO ni contemplaban ni podían contemplar la innovación de la edición génica con las nuevas técnicas CRISPR/Cas9. En este sentido, y en respuesta a estos rápidos avances, el IBC fue actualizando sus reflexiones sobre el genoma humano y los derechos humanos reiterando, sistematizando y dotando de mayor contenido los principios universales recogidos especialmente, a estos efectos, en la DUGHDH. De manera particular, el IBC consideró, en su Informe de 2015, *Updating its Reflections on the Human Genome and Human Rights*, que debería considerarse la revisión de las lagunas existentes en las anteriores declaraciones de la UNESCO y, de manera específica, reafirmaba «*the necessity for a ban on human cloning for reproductive purpose and recommends a moratorium on gene editing of the human germline*»³³.

Más recientemente, aunque no se haya propuesto tampoco la adopción de otra declaración, el IBC ha renovado sus reflexiones sobre las responsabilidades ante las generaciones futuras³⁴. Así, inició en 2019 la preparación de un nuevo Informe sobre el principio de protección de las futuras generaciones en el que se referirá, de manera específica, a la edición genómica. En el último proyecto de Informe, de diciembre de 2020, se insiste en que la protección de los intereses de las generaciones futuras implica el extremo cuidado que debe aplicarse a todas aquellas opciones, tecnológicas o de otro tipo, que pueden tener impacto en esas generaciones. El proyecto de Informe plantea, en este sentido, que «*the international community act very cautiously in applying gene editing on the human genome. In particular, germline editing that introduces heritable modifications that would be transmitted to future generations, require specific precautions because it raises serious ethical concerns*»³⁵. El proyecto recomienda también un trabajo conjunto entre la OMS, la UNESCO y otras agencias del sistema de las Naciones Unidas «*to implement an international framework and guiding principles for the use of genoma editing in research*»³⁶.

³² Véase *Report of the IBC on Pre-implantation Genetic Diagnosis and Germ-line intervention*, Documento SHS-EST/CIB-9/2 (Rev.3), de 24 de abril de 2003, párr. 100.

³³ Véase *Report of the IBC on Updating Its Reflection on the Human Genome and Human Rights*, Documento SHS/YES/IBC-22/15/2 (Rev.1), de 2 de octubre de 2015, párr. 118.

³⁴ En el art. 6 de la Declaración de 1997 sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras, se indicaba que: «[H]a de protegerse el genoma humano, respetándose plenamente la dignidad de la persona humana y los derechos humanos, y preservarse la diversidad biológica. El progreso científico y tecnológico no debe perjudicar ni comprometer de ningún modo la preservación de la especie humana ni de otras especies». Principio tan contundente sería reproducido en el art. 16 DUBDH, que dispone que: «[S]e deberían tener debidamente en cuenta las repercusiones de las ciencias de la vida en las generaciones futuras, en particular en su constitución genética».

³⁵ Véase, aunque está todavía pendiente de revisión, el *Preliminary Draft Report of the IBC on The Principle of Protecting Future Generations*, Documento SHS/IBC-Ext/2021/2, de 14 de diciembre de 2020, párr. 198.

³⁶ *Ibid.*, párr. 199.

Una última perspectiva en relación con los principios jurídicos universales aplicables a la edición genómica es la que se refiere al derecho que tiene toda persona a «participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten»³⁷. Se trata de un derecho que abarca, a los efectos que ahora interesan, el gozar de los beneficios de las aplicaciones y de la tecnología derivada de los avances científicos y tecnológicos en múltiples esferas, como las de la biotecnología y la ingeniería genética, considerándose que, entre otras, estas tecnologías «requieren una regulación mundial para que se puedan gestionar eficazmente»³⁸. En este mismo enfoque se movió la OMS poco después de la inicial secuenciación del genoma humano cuando, al mismo tiempo que se subrayaba que estas investigaciones podían dar lugar a aplicaciones clínicas, se advertía de los riesgos potenciales de que, en particular, «la tecnología del ADN recombinante exacerbe las desigualdades mundiales en materia de salud»³⁹, por lo que la Asamblea Mundial de la Salud pedía al director general que facilitara «los intercambios entre los países desarrollados y los países en desarrollo en el terreno del uso y la aplicación de las técnicas genómicas»⁴⁰. Sin lugar a dudas, la aceleración científica ha incrementado también exponencialmente los riesgos en términos de desigualdades mundiales y de inequidades sanitarias, atendiendo a la gran diferenciación entre los Estados por lo que se refiere tanto a las capacidades tecnológicas y científicas como a las capacidades económicas.

2.2. La gobernanza, supervisión y regulación de las intervenciones sobre el genoma humano

Mientras que la UNESCO dedicó esfuerzos a establecer unos principios jurídicos universales que, aunque no hayan sido actualizados por los órganos políticos de la Organización, resultan también de aplicación a la edición genómica humana, en el marco de la OMS no se tuvieron en consideración estos aspectos en la perspectiva que estamos señalando hasta fecha muy reciente⁴¹. Sin embargo, como efecto inmediato del experimento llevado a cabo

³⁷ Derecho proclamado en el art. 27.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que también recogen el art. 12 DUGHDH y el art. 15 DUBDH y la reciente Recomendación sobre la Ciencia y los Investigadores Científicos, aprobada por la Conferencia General en su 39.ª reunión el 13 de noviembre de 2017 (Resolución 39 C/85).

³⁸ Véase la Observación general núm. 25 (2020), relativa a la ciencia y los derechos económicos, sociales y culturales, adoptada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Documento E/C.12/GC/25, párrs. 56 y 74.

³⁹ Véase Documento A57/16 y el Informe «Genómica y salud mundial: informe del Comité Consultivo de Investigaciones sanitarias».

⁴⁰ Resolución WHA57.13, de la Asamblea Mundial de la Salud, de 22 de mayo de 2004.

⁴¹ El enfoque técnico tradicional de la OMS se focalizaba, de un lado, en relación con el establecimiento de normas y estándares técnicos para productos biológicos, es decir, en relación con el desarrollo y la preparación de productos medicinales biológicos mediante el uso de bacterias, levaduras, hongos, células o incluso de animales y plantas manipulados genéticamente, a través de la labor del *WHO Expert Committee on Biological Standardization* (ECBS) establecido ya en 1947; de otro lado, en relación con la seguridad de los alimentos genéticamente modificados en el marco de la Comisión

por He Janku en noviembre de 2018 —más que como consecuencia de los rápidos desarrollos en la edición genómica y de las nuevas técnicas CRISPR/Cas9—, el director general decidió, en diciembre de 2018, la creación de un *Advisory Committee on Developing Global Standards for Governance and Oversight of Human Genome Editing* al que encomendó desarrollar un marco global para la coordinación, regulación, legislación y adopción de políticas en esta esfera. Concretamente, el mandato del panel global y multidisciplinario de expertos era el de examinar «*the scientific, ethical, social and legal challenges associated with human genome editing (both somatic and germ cell)*» y «*to advise and make recommendations on appropriate institutional, national, regional and global governance mechanisms for both somatic and germline editing*»⁴².

Siguiendo las primeras recomendaciones de este Comité Asesor, el Director General creó en agosto de 2019 el registro para todas las investigaciones que impliquen la edición genómica humana [*Human Genome Editing (HGE) Registry*]⁴³ y formuló, en julio de 2019, una primera declaración pública en la que subrayaba que «*human germline genome editing poses unique and unprecedented ethical and technical challenges*» y que, de conformidad con las recomendaciones iniciales del Comité, «*should not allow any further work in this area until its implications have been properly considered*»⁴⁴. En el desarrollo de sus labores, el Comité Asesor ha identificado valores, principios y objetivos para la buena gobernanza de estas tecnologías y ha considerado los elementos y contenidos de un documento sobre la gobernanza de la edición genómica humana⁴⁵ que, sin duda, pueden contribuir a una adecuada gobernanza, pero lo cierto es que no se acaban de articular en términos de reglas jurídicas, reflejando las contradicciones e indecisiones de los órganos políticos. Evidencia todo ello de que existen demasiadas diferencias en términos culturales, éticos y religiosos, además de las diversas capacidades científicas y económicas, y no existe todavía un entendimiento común sobre los mismos conceptos a utilizar.

del *Codex Alimentarius*, programa conjunto de la OMS y la FAO; y, finalmente, desde otro enfoque, en relación con las técnicas de modificación genética de mosquitos con el fin de eliminar o controlar los vectores de determinadas enfermedades con la labor del *WHO's Vector Control Advisory Group*.

⁴² Véase el primer informe del Comité Asesor disponible en <https://www.who.int/ethics/topics/human-genome-editing/GenomeEditing-FirstMeetingReport-FINAL.pdf?ua=1>.

⁴³ Ante el que, teóricamente, se deben reportar todos los ensayos clínicos con tecnologías de edición del genoma, utilizando los datos de otra plataforma ya existente, la *WHO International Clinical Trials Registry Platform (ICTRP)*. Véase <https://www.who.int/groups/expert-advisory-committee-on-developing-global-standards-for-governance-and-oversight-of-human-genome-editing/registry>.

⁴⁴ Disponible en <https://www.who.int/news/item/26-07-2019-statement-on-governance-and-oversight-of-human-genome-editing>.

⁴⁵ *Human Genome Editing: A DRAFT Framework for Governance*, documento de 3 de julio de 2020, disponible en <https://www.who.int/docs/default-source/ethics/governance-framework-for-human-genome-editing-2ndonlineconsult.pdf>, pp. 5-6. Estando ya en imprenta este estudio, el 12 de julio de 2021 el Grupo Asesor publicó, como resultado de sus labores, el documento marco sobre gobernanza y las recomendaciones sobre la edición genómica humana (disponibles en <https://www.who.int/groups/expert-advisory-committee-on-developing-global-standards-for-governance-and-oversight-of-human-genome-editing>).

Quizá en el marco de la OMS podría acordarse por sus órganos intergubernamentales una moratoria temporal o podría plantearse permitir la investigación clínica implicando línea germinal solo caso por caso, sobre la base de criterios definidos, con evaluación de impacto y gestión de los riesgos. Es decir, permitiendo la investigación básica, aprobando el uso terapéutico en células somáticas, evaluando la posibilidad de aprobar la terapia germinal en ciertos casos y deteniendo o prohibiendo su empleo para el mejoramiento humano⁴⁶. En el fondo, como indicaba el Comité Asesor, establecer un mecanismo en el que la edición genómica humana en línea germinal sería legal solo si se cumplieren determinadas condiciones vendría a ser, funcionalmente, algo muy similar a una moratoria⁴⁷.

Sin embargo, cabe señalar que la moratoria por la moratoria o el simple llamamiento al criterio de precaución como principio de aplicación general pueden acabar generando una anomia que podría dejar sin protección los riesgos asociados a las nuevas técnicas de edición genómica, ante los que la autorregulación de la comunidad científica resulta insuficiente. Igualmente, también es cierto que una normativa puede resultar inestable y quedar desfasada de inmediato o impedir o dificultar los avances. En cualquier caso, la normativa debería ser de alcance internacional, ya que las normas internas pueden resultar absolutamente ineficaces con solo transferir la situación a otro Estado con una regulación más laxa, ya sea para la investigación en embriones o para la aplicación clínica de terapia génica embrionaria en línea germinal. Lo que deviene claro es que el Derecho internacional resulta especialmente idóneo para establecer un marco regulatorio para la edición genómica, armonizando normas internas, generando estándares mínimos comunes, proporcionando, como mínimo, una supervisión centralizada y promocionando buenas prácticas a través del *soft law*⁴⁸.

Pero la única norma convencional internacional existente que resulta de aplicación directa a la edición genómica humana —y, en general, a las aplicaciones de la biología sintética que tienen implicaciones para los seres humanos— es el Convenio de Oviedo para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, de 4 de abril de 1997 (Convenio de Oviedo en adelante)⁴⁹, y sus diversos protocolos adicionales⁵⁰. El Convenio surgió del reconocimiento de los rápidos avances de la biología y la medicina y de que estos progresos debían ser aprovechados

⁴⁶ SANTALÓ, J. y CASADO, M. (coords.), *op. cit.*, p. 31.

⁴⁷ Véase *Human Genome Editing: A Draft Framework for Governance*, 3 de julio de 2020, disponible en <https://www.who.int/docs/default-source/ethics/governance-framework-for-human-genome-editing-2ndonlineconsult.pdf>, párr. 64.

⁴⁸ YOTOVA, R., *op. cit.*, p. 657.

⁴⁹ ETS, núm. 164, BOE núm. 251, de 20 de octubre de 1999, p. 36825.

⁵⁰ El Protocolo adicional por el que se prohíbe la clonación de seres humanos, de 12 de enero de 1998, ETS núm. 168; el Protocolo adicional sobre el trasplante de órganos y de tejidos de origen humano, de 24 de enero de 2002, ETS núm. 186; el Protocolo adicional relativo a la investigación biomédica, de 25 de enero de 2005, ETS núm. 195, y el Protocolo adicional relativo a los test genéticos con fines médicos, de 27 de noviembre de 2008, ETC núm. 203.

a favor de las generaciones presentes y futuras, y los principios que incorpora reiteran los principios universales generales que acabamos de citar. En este sentido, el Convenio de Oviedo se configura como la referencia jurídica internacional fundamental sobre la materia al establecer, en un texto jurídicamente obligatorio, el catálogo de principios jurídico-éticos aplicables a la biomedicina.

De manera específica, el Capítulo IV del Convenio de Oviedo se refiere al genoma humano. El artículo más controvertido es el art. 13 del Convenio que dispone que: «[Ú]nicamente podrá efectuarse una intervención que tenga por objeto modificar el genoma humano por razones preventivas, diagnósticas o terapéuticas y solo cuando no tenga por finalidad la introducción de una modificación en el genoma de la descendencia». Tal como está redactado, en una primera perspectiva, autoriza las intervenciones en el genoma en células somáticas modificando el ADN del paciente, siempre que tengan por objeto el tratamiento, diagnóstico o prevención de una enfermedad⁵¹; y, en una segunda perspectiva, se prohíbe claramente la edición genómica embrionaria o en la línea germinal. Sin embargo, de un lado, puede haber intervenciones en el genoma que se lleven a cabo con el objetivo de prevenir o tratar la enfermedad que va a padecer en el futuro el individuo en las que se reemplace e inserte un gen libre de la mutación defectuosa mediante técnicas de edición genómica⁵²; o, de otro lado, puede que se realicen test genéticos preimplantacionales que, aún sin modificar el ADN del embrión, impacten en el de su descendencia entendida como estirpe impidiendo en el futuro la transmisión de una determinada enfermedad. Cambios como los apuntados no van dirigidos a alterar el genoma de la descendencia, pero si el embrión deviene un ser humano y tiene descendencia, no cabe duda, entonces, de que dicha descendencia tendrá un genoma distinto o libre de alguna enfermedad⁵³.

En otras palabras, podría afectarse indirectamente la línea germinal como consecuencia inevitable de lo que permite el art. 13 del Convenio de Oviedo, ya que la intervención en el genoma tiene como fin la prevención o restauración de la salud del individuo que va a nacer⁵⁴. Para algunos autores, los riesgos de daños irreversibles de estos efectos indirectos inevitables resultan, al menos por el momento, desproporcionados en comparación con sus potenciales beneficios⁵⁵. En este sentido, el art. 13 resulta demasiado ambiguo y, quizá, no deberían plantearse estas intervenciones hasta que no exista

⁵¹ Véase el *Explanatory Report* al Convenio, párr. 92, en <https://rm.coe.int/16800ccde5>.

⁵² Más allá de otros problemas, como los vinculados a las patologías de la mitocondria, que pueden conducir a la utilización de los óvulos de dos mujeres distintas para generar un embrión humano mediante técnicas de transferencia pronuclear (los denominados niños de tres padres genéticos).

⁵³ YOTOVA, R., *op. cit.*, p. 669.

⁵⁴ Véanse, en este sentido, DE MIGUEL, I. y LAZCOZ MORANTINOS, G., «El Convenio de Oviedo, veinte años después de su firma. Algunas sugerencias de reforma», *Quaestio Iuris*, vol. 11, 2018, núm. 1, en esp. pp. 448-452; JIMÉNEZ GONZÁLEZ, J., «El Convenio de Oviedo y su adecuación a las nuevas técnicas de intervención del genoma humano», *Bioderecho.es*, 2019, núm. 10, p. 13.

⁵⁵ Véase en este sentido ADORNO, R., «The Oviedo Convention. A European Legal Framework at the Intersection of Human Rights and Health Law», *Journal of International Biotechnology Law*, vol. 02, 2005, p. 140.

la suficiente seguridad, es decir, debería formularse una moratoria. En esta misma línea, lo que sí queda claramente prohibido son las prácticas de selección de sexo⁵⁶, la clonación de seres humanos⁵⁷ y, quizá, debería especificarse también la prohibición de la mejora humana, así como la introducción de variantes no humanas en el acervo genético humano⁵⁸.

Resulta evidente, por tanto, que las nuevas técnicas CRISPR/Cas9 requerirían, sin duda, mayores y mejores desarrollos normativos en relación con este art. 13. Artículo que, además, debe ponerse en relación con el art. 18.2 del Convenio de Oviedo por el que: «[S]e prohíbe la constitución de embriones humanos con fines de experimentación»⁵⁹. Se trata de una prohibición que, quizá, resulta demasiado estricta, ya que puede constituir un obstáculo a la misma terapia génica y a la edición genómica futura en la medida en que algunas técnicas de edición genómica pueden requerir de la creación o constitución *ex profeso* de embriones para la investigación. En todo caso, lo que debería quedar prohibido no es la constitución de embriones para la investigación sino su transferencia a un útero humano con finalidades reproductivas. En el mismo sentido, el art. 13 podría clarificar la prohibición de la intervención en el genoma que afecte a la línea germinal, poniendo a salvo aquella que se lleva a cabo para fines de investigación⁶⁰.

Pese a estas ambigüedades y exigencias sobre la necesidad de una reforma del Convenio de Oviedo, debe reconocerse que el Comité de Bioética (DH-BIO) del Consejo de Europa consideró en 2015 que, ante los nuevos desarrollos de las tecnologías de edición genéticas, se hallaba convencido que la Convención de Oviedo «provides principles that could be used as reference for the debate called for at international level on the fundamental questions raised by these recent technological developments»⁶¹. Igualmente, en 2017, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa adoptó una recomendación en re-

⁵⁶ Art. 14 del Convenio de Oviedo. En el marco de la Unión Europea el art. 3.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales prohíbe expresamente las prácticas eugenésicas y las que tienen por finalidad la selección de las personas; que el cuerpo humano o partes del mismo se conviertan en objeto de lucro; así como la clonación reproductora de seres humanos.

⁵⁷ A este respecto, además del Protocolo adicional al Convenio de Oviedo sobre la prohibición de la clonación de seres humanos ya citado (véase GARCÍA SAN JOSÉ, D., «Aproximación al marco legal común europeo relativo a la investigación sobre clonación humana», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. X, 2010, pp. 567-588), también cabe señalar la Declaración de las Naciones Unidas sobre la clonación humana, adoptada mediante la Resolución 59/280, de la Asamblea General, de 8 de marzo de 2005 (véase PONS RAFOLS, X., «La Declaración de las Naciones Unidas sobre la clonación humana: un proceso inacabado», *Agenda ONU*, vol. 8, 2006-2007, pp. 113-158).

⁵⁸ Véase CASADO, M. y LÓPEZ BARONI, M. J., «La necesaria reforma del Convenio de Oviedo. A modo de presentación», en CASADO, M. y LÓPEZ BARONI, M. J. (coords.), *El Convenio de Oviedo cumple veinte años. Propuestas para su modificación*, Barcelona, Edicions Universitat de Barcelona, 2021, p. 18.

⁵⁹ El apdo. 1 de este art. 18 establece que: «Cuando la experimentación con embriones *in vitro* esté admitida por la ley, esta deberá garantizar una protección adecuada al embrión».

⁶⁰ En este sentido, por ejemplo, el Protocolo adicional al Convenio de Oviedo relativo a la investigación biomédica no se aplica a las investigaciones sobre embriones *in vitro* y todas las salvaguardas, requisitos y procedimientos que establece solo son de aplicación a la investigación sobre fetos y embriones *in vivo*.

⁶¹ Véase *Statement on genome editing technologies*, Comité de Bioética del Consejo de Europa (DH-BIO), Documento DH-BIO/INF (2015) 13 Final, de 2 de diciembre de 2015.

lación con el uso de las nuevas tecnologías genéticas en seres humanos en la que se insistía de manera inespecífica en la necesidad de «*develop a common regulatory and legal framework which is able to balance the potential benefits and risks of these technologies aiming to treat serious diseases, while preventing abuse or adverse effects of genetic technology on human beings*»⁶². Por su parte, el DH-BIO está analizando actualmente la opción de clarificar algunos de los términos del art. 13 del Convenio de Oviedo, sin necesidad de modificar su texto por la vía de las enmiendas al Convenio⁶³.

En definitiva, aunque está presente en el debate, no hay todavía propuesta alguna en órganos políticos del Consejo de Europa para enmendar el Convenio de Oviedo clarificando y actualizando algunas de sus disposiciones, atendiendo especialmente a los avances en las técnicas de la ingeniería genética. Lo que es evidencia, también, de la disparidad de criterios entre los Estados. En este sentido, baste con señalar, de un lado, que los países europeos más avanzados en la investigación biomédica no son partes en el Convenio de Oviedo; y, de otro lado, el bajo número de ratificaciones alcanzadas tanto por el Convenio como por los Protocolos adicionales⁶⁴. Importantes Estados europeos con capacidad investigadora en ingeniería genética, como Reino Unido o Alemania, ni tan siquiera han firmado el Convenio.

3. LOS IMPULSORES GENÉTICOS MODIFICADOS Y LA BIODIVERSIDAD

La biología sintética y la aplicación de las nuevas técnicas de edición genómica permiten también generar OMG o, en la terminología del ya citado Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología, organismos vivos modificados (en adelante OVM). De esta forma, las herramientas CRISPR/Cas9 pueden, de manera rápida y efectiva, mejorar cultivos y variedades vegetales y animales operando un salto cualitativo a lo que ya se venía haciendo con el ADN recombinante. Es más, la edición genómica se plantea aquí de manera contrastada con el enfoque que hemos abordado en relación con la edición del genoma humano ya que, más que a células somáticas adultas, lo que interesa, precisamente, es la edición genética embrionaria en línea germinal a los efectos de modificar las características hereditarias de animales, plantas o microorganismos⁶⁵. Acelerando este proceso actúan los impulsores

⁶² Recomendación 2115 (2017), de 12 de octubre, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

⁶³ Esta es la opción que recibió apoyo mayoritario en el seno del Comité en su reunión de noviembre de 2020 de entre las tres opciones presentadas: enmendar el texto del art. 13, clarificar sus términos o ni revisar ni clarificar el art. 13 [*Abridged report, Committee on Bioethics (DH-BIO), 17th Meeting, 3-6 de noviembre de 2020, Documento DH-BIO/Abr RAP17, párr. 21*].

⁶⁴ Concretamente, son actualmente partes en el Convenio solo 29 Estados parte, todos ellos miembros del Consejo de Europa.

⁶⁵ En este sentido, debe recordarse que la Decisión II/11, adoptada por la segunda COP del CBD, celebrada en 1995, reafirmó que los recursos genéticos humanos «no están comprendidos» en el ámbito de aplicación del CBD.

genéticos modificados, que configuran el último estadio de evolución de la biotecnología al «impulsar», deliberadamente, determinados rasgos genéticos en una población natural provocando, por la mayor probabilidad de reproducción, una reacción en cadena a través de las siguientes generaciones.

En otras palabras, la biología sintética y los productos, componentes y organismos derivados de las nuevas técnicas de edición genómica y los impulsores genéticos modificados pueden permitir grandes aplicaciones en el campo de la agricultura y la ganadería, mejorando las especies y haciendo que un proceso histórico de mejoras, a base de crías selectivas y fertilización cruzada, que llevaba años y generaciones desarrollar, se pueda llevar a cabo de manera mucho más rápida. Esto puede permitir grandes ventajas incluso para la seguridad alimentaria y la productividad de alimentos y otros recursos agropecuarios. Puede implicar también importantes beneficios para la misma biodiversidad directamente —por la vía de la biorremediación y eliminación de especies invasivas o protección de especies en peligro— o, indirectamente, en relación con la reducción de pesticidas industriales, de productos químicos, o de usos intensivos de la tierra y del agua en la actividad agrícola y ganadera; o ventajas para la salud humana como, entre otras, la disponibilidad de agua potable o el control de enfermedades transmitidas por mosquitos suprimiendo, eliminando o modificando especies transmisoras de enfermedades. Pero no cabe duda que puede implicar también riesgos inimaginables con la aparición de nuevas especies, o con nuevas características, o con pérdida y reducción de la biodiversidad, que pueden resultar disruptivas en el equilibrio de los ecosistemas del planeta⁶⁶.

Es decir, que la afectación en la biodiversidad de la biología sintética puede ser importante y puede ser positiva o negativa. Se trata de un auténtico dilema que se arrastra con la polarización y las posiciones contrapuestas entre, por ejemplo, Estados Unidos y otros Estados de la esfera anglosajona, y la Unión Europea sobre si los OMG son seguros y beneficiosos, o no seguros y perjudiciales⁶⁷. El enfoque que abordamos ahora se focaliza en los efectos adversos que esta evolución científico-técnica puede tener en relación con la conservación y el desarrollo sostenible de la biodiversidad y el riesgo de liberación, intencionada o no intencional, de productos, componentes u organismos derivados de la biología sintética, riesgos acelerados con los impulsores genéticos modificados. A estos efectos vamos a ocuparnos, en primer lugar, de la interacción de la biología sintética y la conservación y el desarrollo sos-

⁶⁶ Véase, por ejemplo, de manera general, *An Explanatory Guide to the Cartagena Protocol on Biosafety*, IUCN Environmental Policy and Law Paper núm. 46, IUCN 2003, párrs. 38 y ss.; EUROPEAN COMMISSION, *Futur Brief: Synthetic biology and biodiversity*, Science for Environment Policy, 2016, en especial pp. 12-16; *Fronteras genéticas para la conservación. Una evaluación de la biología sintética y la conservación de la biodiversidad*, IUCN 2019; y, de manera más específica sobre los impulsores genéticos modificados, en OYE, K. A. et al., «Regulating gene drives», *Science*, vol. 345, 2014, núm. 6.197, pp. 626-628.

⁶⁷ Véase, en este sentido, el análisis de REYNOLDS, J. L., «Governing New Biotechnologies for Biodiversity Conservation: Gene Drives, International Law, and Emerging Politics», *Global Environmental Politics*, vol. 20, 2020, núm. 3, esp. pp. 40-44.

tenible de la biodiversidad (3.1); y, en segundo lugar, de los nuevos problemas que están surgiendo en relación con la seguridad de la biotecnología (3.2).

3.1. La edición genética en animales, plantas o microorganismos y la conservación y el desarrollo sostenible de la biodiversidad

Las preocupaciones que acabamos de indicar afectan directamente a los tres objetivos del CBD que son «la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos mediante, entre otras cosas, un acceso adecuado a esos recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre esos recursos y esas tecnologías, así como mediante una financiación apropiada»⁶⁸. Se trata de tres objetivos que están íntimamente relacionados y que han tenido su desarrollo mediante dos Protocolos adicionales al CBD. De un lado, el ya citado Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología y, asociado a él, el Protocolo de Nagoya-Kuala Lumpur sobre responsabilidad y compensación, suplementario al Protocolo de Cartagena, de 15 de octubre de 2010⁶⁹; y, de otro lado, el Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización, de 29 de octubre de 2010⁷⁰.

El CBD establece de manera general que, con arreglo a sus condiciones y capacidades particulares, cada Parte adoptará medidas a los efectos de la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica, ya sea mediante la conservación *in situ* o *ex situ*, ya sea mediante la utilización sostenible de los componentes de la diversidad biológica⁷¹. De manera específica, de un lado, el art. 8(g) del CBD establece que cada Parte: «[E]stablecerá o mantendrá medios para regular, administrar o controlar los riesgos derivados de la utilización y la liberación de organismos vivos modificados como resultado de la biotecnología que es probable tengan repercusiones ambientales adversas que puedan afectar a la conservación y a la utilización sostenible de la diversidad biológica, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana»; y, de otro lado, el art. 14 establece las medidas a adoptar para la evaluación del impacto y la reducción al mínimo del impacto adverso para la diversidad biológica⁷². Estas disposiciones y, de manera más directa, el art. 19.3 CBD condujeron a la adopción del Protocolo de Cartagena, que establece un sistema reglamentado completo para asegurar la transferencia,

⁶⁸ Art. 1 CBD.

⁶⁹ BOE núm. 17, de 19 de enero de 2018, p. 7489.

⁷⁰ BOE núm. 202, de 20 de agosto de 2014, p. 65825.

⁷¹ Arts. 6 y ss. del CBD.

⁷² Con la exigencia de la evaluación del impacto ambiental de todos los proyectos «que puedan tener efectos adversos importantes para la diversidad biológica con miras a evitar o reducir al mínimo esos efectos».

manejo y utilización segura de los OVM⁷³; sistema que, como decimos, se complementó con el Protocolo suplementario de Nagoya-Kuala Lumpur que proporciona normas y procedimientos internacionales en la esfera de la responsabilidad y compensación en relación con los daños resultantes de los OVM cuyo origen fuera un movimiento transfronterizo.

En la Conferencia de las Partes del CBD (en adelante COP) de 2010 se planteó por primera vez la incidencia o impacto de las nuevas técnicas de la biología sintética en la biodiversidad y se invitó a todas las Partes a aplicar un «enfoque de precaución a la liberación al medio ambiente de vida, células o genomas sintéticos»⁷⁴. En la siguiente COP, de 2012, reconociendo el desarrollo de «tecnologías relacionadas con la vida, células o genomas sintéticos, y las incertidumbres científicas sobre su posible efecto en la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica», se instaba a las Partes «a aplicar un enfoque de precaución, de conformidad con el preámbulo del Convenio y con el art. 14, al abordar las amenazas de reducción significativa o pérdida de diversidad biológica que representan los organismos, componentes y productos resultantes de la biología sintética, de acuerdo con la legislación nacional y otras obligaciones internacionales pertinentes»⁷⁵.

Lo que queremos señalar es que, desde el primer momento, se abordó el tema desde la perspectiva del enfoque de precaución, que se volvería a reiterar en las otras decisiones adoptadas hasta la fecha⁷⁶. Como es sabido, el enfoque precautorio configura uno de los principios fundamentales del Derecho internacional del medio ambiente, está enunciado en el Principio 15 de la Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo, se relaciona estrechamente con el principio de prevención de los daños transfronterizos y con el de la evaluación de impacto ambiental⁷⁷, y se configura como la clave de bóveda de la regulación de la biotecnología moderna en el régimen internacional de la biodiversidad⁷⁸. Lo que sucede es que la misma referencia al enfoque de precaución acaba respondiendo, como acuerdo de mínimos, al desacuerdo entre los Estados sobre la posición a adoptar respecto de la biología sintética o de los impulsores genéticos modificados⁷⁹. El mismo planteamiento del «enfoque» de precaución y no del «principio» de precaución resulta relevante. En cualquier caso, esta interacción de criterios y principios se manifiesta en otras decisiones de las COP en relación con la

⁷³ Véase en la doctrina española sobre este proceso en PÉREZ SALOM, J. R., «La regulación internacional de la seguridad de la biotecnología», *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 14, 1998, pp. 729-755.

⁷⁴ Decisión X/13, párr. 4.

⁷⁵ Decisión XI/11, párr. 4.

⁷⁶ Decisión XII/24, Decisión XIII/17 y Decisión 14/19.

⁷⁷ Principios 2 y 17 de la Declaración de Río.

⁷⁸ Véase, en general y entre muchos otros, sobre este criterio o principio en la doctrina española NAVARRO BATISTA, N., «Innovación, riesgo e incertidumbre. El principio de precaución y el medio ambiente», *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz 2014*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 225-331; CORTI VARELA, J., «El principio de precaución en la jurisprudencia internacional», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 69, 2017, núm. 1, pp. 219-243.

⁷⁹ REYNOLDS, J. L., *op. cit.*, pp. 38-39.

regulación de la liberación al medio ambiente, la evaluación y gestión de riesgos, o los procedimientos y mecanismos de aprobación de organismos resultantes de las nuevas técnicas de la biología sintética.

Como esto no resultaba suficiente y debería generarse un escenario de principios y normas que garantizaran la seguridad y la protección de la conservación y desarrollo sostenible de la biodiversidad y la seguridad de la biotecnología, en la COP de 2014 se estableció un *Ad Hoc Technical Expert Group* (AHTEG por sus siglas en inglés) sobre biología sintética⁸⁰. El mandato del AHTEG comprendía la determinación de los posibles beneficios y riesgos de los organismos, componentes y productos derivados de las técnicas de la biología sintética para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica, así como los efectos socioeconómicos y sobre la salud humana. En ejecución de su mandato, el AHTEG elaboró, entre otros iniciales desarrollos de sus labores, la definición operativa de biología sintética que ya hemos mencionado al inicio de este estudio y que se contemplaba en el contexto de los objetivos de la CBD y con el propósito de asistir a las Partes en la implementación de las disposiciones de la CBD⁸¹.

En la COP de 2016 se consideró que el enfoque de precaución debería también aplicarse a los organismos vivos modificados que contengan genes dirigidos⁸². Se invitó también a los Estados y a la Secretaría Ejecutiva del CBD a seguir organizando estudios, debates y recopilando información sobre la materia, insistiendo en la necesaria vinculación con el Protocolo de Cartagena y la adopción de un enfoque coordinado, tal como ya había pedido la Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el Protocolo de Cartagena (COP-MOP en adelante) en su reunión de 2014⁸³. Lo que resulta algo paradójico es que, aunque la COP de 2018 reiterara que «la biología sintética se desarrolla rápidamente y es una cuestión intersectorial con posibles beneficios y posibles efectos adversos» en relación con los tres objetivos del CBD, se sigue considerando que deben realizarse nuevos análisis para considerar que la biología sintética cumple los criterios establecidos en la Decisión IX/29, párr. 12, para ser considerada «una cuestión nueva e incipiente»⁸⁴.

La cuestión clave es la de la evaluación y gestión de riesgos, regulada en el Protocolo de Cartagena en relación con los movimientos transfronterizos y la protección respecto de la transferencia, manipulación y utilización segura de los OVM resultantes de la biotecnología moderna. La diferencia cualitativa que implican las nuevas técnicas reside en la capacidad de los productos, componentes y organismos de la biología sintética de generar sistemas bioló-

⁸⁰ Decisión XII/24.

⁸¹ Véase *Report of the Ad Hoc Technical Expert Group on Synthetic Biology*, Documento UNEP/CBD/SYNBIO/AHTEG/2015/1/3, de 7 de octubre de 2016, párrs. 21 y 24.

⁸² *Ibid.*, párr. 2.

⁸³ Decisión XIII/17, párr. 5, así como Decisión BS-VII/12, de la COP-MOP, párr. 17.

⁸⁴ Decisión 14/19, párrs. 2 y 4. En este mismo sentido, véase la Recomendación 23/7 del Órgano Subsidiario de Asesoramiento Científico, Técnico y Tecnológico, de noviembre de 2019, Documento CBD/SBSTTA/REC/23/7.

gicos más complejos a través de la edición genómica y la capacidad de poder acelerar la transmisión y propagación en línea hereditaria de la modificación genética, es decir, que se reproduzca y disemine con mayor probabilidad —y, por tanto, más rápidamente— en poblaciones sucesivas⁸⁵. En 2018 se puso por primera vez de manifiesto la preocupación por los posibles efectos adversos derivados de los organismos que contienen impulsores genéticos modificados y se previó que «antes de que pueda considerarse la liberación de esos organismos en el medio ambiente es necesario realizar investigaciones y análisis, y que podría ser útil contar con orientación específica, para apoyar la evaluación del riesgo caso por caso»⁸⁶. Se centró así la decisión en la necesidad de mayor información para validar la aplicación de las disposiciones del Protocolo de Cartagena a los OVM que contengan impulsores genéticos modificados y, de manera especial, a los peces vivos modificados.

3.2. Los nuevos problemas de la seguridad en la biotecnología derivados de la biología sintética

El Protocolo de Cartagena sitúa el enfoque de precaución como punto de partida en relación con los OVM resultantes de la biotecnología moderna y establece disposiciones y mecanismos para la transferencia, manipulación y utilización segura de estos OVM, concretamente en los movimientos transfronterizos. El problema en relación con los avances en la biología sintética estriba esencialmente en determinar si los productos, componentes y organismos derivados de estas nuevas técnicas entran dentro del ámbito de aplicación del Protocolo de Cartagena. Antes ya nos hemos referido a la definición que formula el Protocolo de la noción de biotecnología moderna. Corresponde ahora indicar que en el Protocolo se entiende por organismo vivo «cualquier entidad biológica capaz de transferir o replicar material genético, incluidos los organismos estériles, los virus y los viroides», y por organismo vivo modificado «cualquier organismo vivo que posea una combinación nueva de material genético que se haya obtenido mediante la aplicación de la biotecnología moderna»⁸⁷. Estaremos, por tanto, ante un OVM al que será de aplicación el Protocolo de Cartagena si se reúnen tres condiciones: que sea un organismo vivo, es decir, que sea, en general, capaz de transferir o replicar material genético⁸⁸; que tenga una combinación nueva de material genético, es decir, que sea una combinación que antes no existía en la naturaleza; y que esta combinación nueva de material genético se haya obtenido mediante

⁸⁵ En este sentido, más allá de la «Orientación voluntaria sobre la evaluación de riesgos de los organismos vivos modificados» adoptada en el marco del Protocolo de Cartagena, se han reconocido tanto las carencias y necesidades como las divergencias acerca de si eran necesarias orientaciones adicionales sobre cuestiones específicas (véase Decisión CP-9/13, párrs. 2 y 3 de la COP-MOP de 2018).

⁸⁶ *Ibid.*, párr. 3.

⁸⁷ Art. 2 del Protocolo.

⁸⁸ El art. 2 CBD, por su parte, define material genético como «todo material de origen vegetal, animal, microbiano o de otro tipo, que contenga unidades funcionales de la herencia».

la aplicación de la biotecnología moderna, tal como define este concepto el mismo Protocolo y hemos indicado al inicio de este estudio⁸⁹.

El AHTGE consideró ya en su primer informe que los organismos vivos desarrollados a través de las nuevas aplicaciones de la biología sintética eran similares a los OVM a los que se refiere el Protocolo de Cartagena y así fue asumido por la COP⁹⁰. Lo que resulta claro, por tanto, es que estas definiciones son aplicables a la mayoría de organismos vivos resultantes de la aplicación de las técnicas de la biología sintética. Es decir, el Protocolo de Cartagena es de aplicación a los OVM resultantes de la biología sintética si se cumple el doble criterio de poseer una nueva combinación de material genético y de haberse obtenido a través del uso de la biotecnología moderna, además, obviamente, de ser un organismo vivo.

En cualquier caso, la primera cuestión controvertida es la determinación de si los productos y componentes derivados de la biología sintética entran o no dentro de la definición del Protocolo de Cartagena⁹¹. En este sentido, el AHTGE consideró que los componentes, como partes usadas en un proceso de biología sintética (como las moléculas de ADN), y los productos, como resultados de un proceso de biología sintética (como una sustancia química), son productos y componentes no vivos y, por tanto, como entidades «no vivas», no encajan en el concepto de OVM del Protocolo⁹². Esta apreciación, sin embargo, no es del todo pacífica porque el mismo Protocolo de Cartagena, al regular el intercambio de información y el Centro de Intercambio de Información sobre Seguridad de la Biotecnología, establece, entre otras disposiciones, que las Partes proporcionaran resúmenes de sus evaluaciones de riesgo, incluida, cuando proceda, «información pertinente sobre *productos derivados* de los organismos vivos modificados, es decir, *materiales procesados* que tienen su origen en un organismo vivo modificado, que contengan combinaciones nuevas detectables de material genético replicable que se hayan obtenido mediante la aplicación de la biotecnología moderna»⁹³. Como indica Li Ching, se puede desprender de esta disposición que se fijan las mismas condiciones —combinaciones nuevas detectables de material genético replicable y que se hayan obtenido mediante la aplicación de la biotecnología moderna— pero no referidas a un organismo vivo, sino a productos derivados o materiales procesados que tienen su origen en un OVM⁹⁴.

⁸⁹ Véase, al respecto, el informe del secretariado de la CBD, *Synthetic Biology*, CBD Technical Series, marzo de 2015, núm. 82, esp. pp. 85 y ss.

⁹⁰ Decisión XIII/17, párr. 5.

⁹¹ Véase las reflexiones sobre la biología sintética de CAMPINS ERITJA, M., «La regulación de la biotecnología moderna en la Unión Europea», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2019, núm. 53, esp. pp. 295 y ss.

⁹² Véase Documento CBD/SBSTTA/24/4/Rev.1, párr. 24.

⁹³ Art. 20.3.c) del Protocolo. La cursiva es nuestra. El Anexo I también se refiere, al describir la información requerida, a los «materiales procesados» [apdo. i)] y el Anexo II, en relación con la evaluación del riesgo, se refiere también a los riesgos relacionados con los organismos vivos modificados «o sus productos, por ejemplo, materiales procesados» (apdo. 5).

⁹⁴ Véase LI CHING, L., *Synthetic Biology and Relevant International Law*, Third World Network, Biotechnology & Biosafety Series 18, Penang, 2017, p. 11.

La segunda cuestión controvertida se puede presentar si la evolución de la biología sintética conduce a la creación de OVM poseyendo una nueva combinación de material genético heredable pero que no sea resultado del uso de la biotecnología moderna tal como la define el Protocolo de Cartagena. Es decir, si el organismo vivo no es resultado de la aplicación de las «técnicas *in vitro* de ácido nucleico, incluidos el ácido desoxirribonucleico (ADN) recombinante y la inyección directa de ácido nucleico en células u orgánulos», o de «la fusión de células más allá de la familia taxonómica, que superan las barreras fisiológicas naturales de la reproducción o de la recombinación y que no son técnicas utilizadas en la reproducción y selección tradicional». La COP, en su Decisión XIII/17, ha establecido —asumiendo el enfoque del AHTEG—⁹⁵ que tanto los organismos vivos desarrollados a través de las actuales aplicaciones de la biología sintética como los que están actualmente en previos estadios de investigación y desarrollo, «son similares a los organismos vivos modificados», reconociendo, sin embargo, que no está claro, «dado el estado actual de los conocimientos, si determinados organismos de la biología sintética, que se encuentran actualmente en las etapas iniciales de investigación y desarrollo, quedarían comprendidos o no en la definición de organismos vivos modificados en el marco del Protocolo de Cartagena»⁹⁶.

Es decir, de un lado, que podrían darse casos en que no haya un consenso claro sobre si el resultado de una aplicación de la biología sintética se considera «vivo o no», o si, alternativamente, se podría considerar como un producto derivado de un OVM⁹⁷. De otro lado, aunque podría considerarse que la definición de biotecnología moderna que establece el Protocolo de Cartagena debería entenderse como contemplando también las nuevas técnicas de la biología y la ingeniería genética no existentes cuando este se adoptó, lo cierto es que los avances científicos son de tal carácter disruptivo que desafían incluso la capacidad de entender los posibles impactos en la biodiversidad⁹⁸.

En un orden de ideas conexo, la COP también consideró que los principios generales y las metodologías de evaluación del riesgo definidos en virtud del Protocolo de Cartagena y los marcos existentes de seguridad de la biotecnología proporcionaban una buena base para la evaluación del riesgo respecto de los OVM obtenidos mediante aplicaciones actuales de biología sintética, o que estén actualmente en las etapas iniciales de investigación y desarrollo, pero que podía «ser necesario actualizar y adaptar esos métodos para ajustarlos a los avances y las aplicaciones de biología sintética actuales y futuras»⁹⁹. Bajo esta perspectiva, los efectos adversos potenciales de la biología sintética podrían ser similares a los clásicos de la ingeniería genética,

⁹⁵ En su reunión de 2017, véase Documento CBD/SYNBIO/AHTEG/2017/1/3, párr. 28.

⁹⁶ Decisión XIII/17, párrs. 5 y 7. Pero, en cualquier caso, los nuevos desarrollos podrían encajar en el concepto amplio y genérico de biotecnología que recoge la CBD y, por tanto, seguirían siendo de aplicación las obligaciones del CBD.

⁹⁷ Véase al respecto el informe del AHTEG de 2019, Documento CBD/SYNBIO/AHTEG/2019/1/3, párrs. 13-23.

⁹⁸ Como reconocía el AHTEG en 2017, véase CBD/SYNBIO/AHTEG/2017/1/3, párr. 17.

⁹⁹ Decisión XIII/17, párr. 6.

pero podrían ser más amplios y más intensos por la capacidad de la biología sintética de generar sistemas biológicos más complejos con un amplio rango de aplicaciones¹⁰⁰. Con lo que se ponía también en evidencia la conexión con las orientaciones y procedimientos de evaluación y gestión de riesgos y las preocupaciones al respecto a las que ya nos hemos referido de la COP-MOP sobre la necesidad de nuevas orientaciones.

Adicionalmente, y de manera específica, en la COP de 2018 se adoptó la Decisión 14/19 que se refería, por primera vez, a los impulsores genéticos modificados. De un lado, atendiendo a la Recomendación del Órgano Subsidiario de Asesoramiento Científico, Técnico y Tecnológico¹⁰¹, se consideraba que podía ser útil contar con orientación específica para apoyar la evaluación del riesgo, caso por caso, de los OVM que contienen impulsores genéticos modificados¹⁰². De otro lado, se estimó que, teniendo en cuenta las incertidumbres actuales con respecto a los impulsores genéticos modificados, podría ser necesario obtener el consentimiento libre, previo y fundamentado de los pueblos indígenas y las comunidades locales al considerar la posible liberación de organismos que contienen impulsores genéticos modificados que pudieran afectar a sus conocimientos tradicionales, innovaciones y medios de vida y el uso de la tierra y el agua¹⁰³. Finalmente, se exhortó, de nuevo, a los Estados parte a aplicar un enfoque de precaución, limitando estrictamente la posibilidad de liberaciones experimentales y con fines de investigación y desarrollo al cumplimiento de determinadas condiciones de evaluación del riesgo con fundamentos científicos sólidos y caso por caso, y a la existencia de medidas de gestión de riesgo para evitar o minimizar posibles efectos adversos¹⁰⁴.

En este sentido, los desafíos de la biología sintética son abordados desde el régimen internacional de la biodiversidad sobre la base de la necesidad de mayor información y análisis, con recomendaciones de carácter general que se focalizan en el criterio de precaución y, como mucho, en políticas en relación con la evaluación y gestión de riesgos¹⁰⁵. Pero las posibilidades cercanas de liberación al medio ambiente y las múltiples aplicaciones comerciales que puedan tener los productos, componentes y organismos derivados de la biología sintética, así como el efecto de los impulsores genéticos modificados, con todos sus potenciales riesgos, requieren de un proceso regulatorio y de un marco internacional de referencia, ya que resultan insuficientes las normas nacionales y los mecanismos de evaluación y gestión de riesgos actualmente existentes¹⁰⁶.

¹⁰⁰ LI CHING, L., *op. cit.*, p. 32.

¹⁰¹ Recomendación 22/2 del Órgano Subsidiario de Asesoramiento Científico, Técnico y Tecnológico.

¹⁰² Decisión 14/19, párr. 9.

¹⁰³ *Ibid.*, párr. 10.

¹⁰⁴ Véase Decisión 14/19, párr. 11.

¹⁰⁵ Véase REYNOLDS, J. L., «Engineering biological diversity: the International governance of synthetic biology, gene drives, and de-extinction of conservation», *Current Opinion in Environmental Sustainability*, 2021, núm. 49, pp. 1-6.

¹⁰⁶ Como acertadamente apunta BROWN WEISS, E., *Establishing Norms in a Kaleidoscopic World*, Pocketbooks of the Hague Academy of International Law, Brill Nijhoff, 2020, p. 368.

4. CONSIDERACIONES FINALES

A título de consideraciones finales quisiera empezar subrayando la enorme importancia que pueden acabar teniendo las nuevas técnicas de la biología sintética como las herramientas CRISPR/Cas9 y las grandes oportunidades y expectativas, pero también los riesgos y amenazas que para la salud humana y para el medio ambiente pueden significar. Entiendo, por ello, y por sus implicaciones transnacionales, que debe abordarse su regulación, supervisión y control desde el plano internacional. Nos hallamos, sin embargo, ante la presencia de intereses que resultan profundamente contradictorios entre los Estados, atendiendo a su diversidad cultural, a su diversidad de capacidades de investigación, a sus estadios diferentes de desarrollo económico, o a las dificultades intrínsecas de regulación de nuevos productos y servicios biotecnológicos.

En segundo lugar, entiendo que, pese a la rapidez de los avances científicos, el consenso internacional sigue girando simplemente en torno a grandes principios y a la primacía del enfoque de precaución. Se trata de un enfoque, como el de la gobernanza internacional de la edición genómica, que expresa solo débiles consensos entre los Estados y que necesitaría, para su correcta aplicación y garantía de cumplimiento, su traducción en normas jurídicas y mecanismos internacionales de control. No hay duda de que un enfoque de precaución requiere controles y mecanismos específicos, que no se han desarrollado en el plano internacional al nivel necesario ante el desafío del nuevo paradigma científico que representa la biología sintética, como forma extrema de la ingeniería genética.

En tercer lugar, esta débil aproximación internacional, expresando también los débiles consensos existentes, se manifiesta en las dos dimensiones principales que han sido objeto de estudio. Aunque se han establecido comités de bioética, mecanismos asesores, grupos de trabajo y los órganos del régimen internacional de la biodiversidad se están ocupando en los últimos años tanto de las intervenciones sobre el genoma humano como de los impactos en la biodiversidad de la biología sintética y de los impulsores genéticos modificados, esto no se ha traducido todavía ni en una revisión y actualización de los principios generales ni en un planteamiento intergubernamental claro que condujera, si no a la elaboración de instrumentos internacionales jurídicamente vinculantes, a la adopción, como mínimo, de decisiones y recomendaciones precisas de los órganos intergubernamentales rectores, ya fueran de la UNESCO, el Consejo de Europa, la OMS o la Conferencia de las Partes en el CBD.

En definitiva, nos hallamos ante un panorama fragmentado e incompleto y con una normatividad muy débil y difusa, manifestación también del síntoma esencial de la falta de consenso entre los Estados. Es decir, aunque resulta necesaria una regulación jurídica general y consensuada en el plano internacional, se constatan las importantes dificultades para alcanzar sobre estas materias un consenso normativo obligatorio para todos los Estados y,

por tanto, nos hallamos ante la consiguiente aceptación restringida de obligaciones internacionales y, en su caso, ante el desarrollo, también limitado, de instrumentos de *soft law*. A mayor abundamiento, se confirma también que en relación con la biología sintética existen implicaciones y profundas interacciones en una gran pluralidad de sectores o regímenes del Derecho internacional, con presencia también de diversos mecanismos institucionales internacionales, lo que evidencia, asimismo, una múltiple y muy compleja encrucijada normativa.

RESUMEN

BIOLOGÍA SINTÉTICA Y DERECHO INTERNACIONAL: DÉBILES CONSENSOS ANTE DESAFÍOS INMENSOS

Los vertiginosos avances científicos en el campo de la biología y la biotecnología, que denominamos globalmente biología sintética, han definido nuevas fronteras del conocimiento. El último estadio de este proceso ha sido la rapidez en el dominio de las técnicas de edición genómica, fundamentalmente las herramientas y sistemas CRISPR/Cas9. Este estudio, desde la perspectiva del Derecho internacional, se ocupa, de un lado, de las implicaciones de la biología sintética en la salud humana, cubriendo así la perspectiva de la bioética y de los derechos humanos en relación con la investigación y la terapia génica; y, de otro lado, de las respuestas del Derecho internacional a los desafíos que la edición genética y el desarrollo de los impulsores genéticos modificados presentan para la biodiversidad. En ambas dimensiones se constatan los débiles consensos internacionales existentes y las profundas interacciones en una gran pluralidad de sectores del Derecho internacional, con presencia de diversos mecanismos institucionales internacionales, lo que evidencia una múltiple y compleja encrucijada normativa.

Palabras clave: biología sintética, biomedicina, biotecnología, ingeniería genética, edición genómica, biodiversidad, impulsores genéticos.

ABSTRACT

SYNTHETIC BIOLOGY AND INTERNATIONAL LAW: WEAK CONSENSUS IN THE FACE OF IMMENSE CHALLENGES

The dizzying scientific advances in the field of biology and biotechnology, which we are collectively refer to as synthetic biology, have defined new frontiers of knowledge. The latest stage in this process has been the rapid mastery of genome editing techniques, mainly CRISPR/Cas9 tools and systems. This study, from the perspective of international law, deals, on the one hand, with the implications of synthetic biology on human health, thus covering the bioethics and human rights perspective in relation to gene research and gene therapy; and, on the other hand, with the responses of international law to the challenges that gene editing and the development of modified gene drives present for biodiversity. In both dimensions, the weak existing international consensus and the profound interactions in a wide range of sectors of international law, with the presence of diverse international institutional mechanisms, are apparent, which is evidence of a multiple and complex normative crossroads.

Keywords: synthetic biology, biomedicine, biotechnology, genetic engineering, genome editing, biodiversity, gene drives.

LA CONSTRUCCIÓN DE UNA POTENCIA GLOBAL: LA INFLUENCIA DE LA COMPETICIÓN GEOPOLÍTICA INTERNACIONAL EN LA TRANSFORMACIÓN DE LA ESFERA DOMÉSTICA DE ESTADOS UNIDOS

Esteban VIDAL PÉREZ*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL REALISMO NEOCLÁSICO.—3. EL MÉTODO GEOPOLÍTICO.—4. LA CONSTRUCCIÓN DE UNA POTENCIA GLOBAL.—4.1. La Constitución de 1787.—4.2. La Guerra de 1812.—4.3. La carrera colonial.—4.4. La Segunda Guerra Mundial.—5. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

Los tres niveles de análisis que Kenneth Waltz planteó en *Man, the State and War* sentaron las bases para el posterior desarrollo del realismo estructural¹. Sin embargo, su aproximación a las causas de la guerra ha servido para la formación de diferentes modelos explicativos de la política exterior de los Estados. La perspectiva estructural que Waltz inauguró, centrada en el papel del sistema internacional, marcó la posterior evolución de la corriente realista en el ámbito de la teoría de las relaciones internacionales.

Lo anterior no ha impedido sucesivas revisiones del realismo estructural que han ofrecido un punto de vista matizado a la hora de explicar la política exterior. Este es el caso del realismo neoclásico, y muy especialmente del extraordinario trabajo de Fareed Zakaria sobre los orígenes del liderazgo mundial de Estados Unidos (EE.UU.)².

No cabe duda de que el auge de EE.UU. constituye una cuestión central en la historia contemporánea de la política mundial, y en torno a la que han

* Doctor en Ciencias Políticas por la Universidad del País Vasco (esteban.vidal@mail.ru). Todas las páginas web mencionadas en este estudio han sido consultadas el 22 de enero de 2021.

¹ WALTZ, K. N., *Man, the State and War: A Theoretical Analysis*, Nueva York, Columbia University Press, 1959.

² ZAKARIA, F., *De la riqueza al poder: los orígenes del liderazgo mundial de Estados Unidos*, Barcelona, Gedisa, 2000.

sido desarrolladas diferentes explicaciones que generalmente han incidido en el papel que los factores endógenos han desempeñado en este proceso. Sin embargo, la complejidad del proceso que condujo a EE.UU. a la cumbre de la jerarquía del poder internacional no admite relatos simplistas que excluyan la influencia de variables que tienen su origen en el medio exterior.

En este artículo nos proponemos analizar el proceso de auge de EE.UU. mediante el estudio de su política exterior a partir de la influencia que los estímulos procedentes del medio internacional ejercieron en el moldeamiento de su esfera doméstica, y más concretamente en la organización de su espacio interno. Para llevar a cabo esta tarea nos proponemos desarrollar un enfoque geopolítico que sea capaz de superar las limitaciones explicativas del realismo neoclásico pero que, al mismo tiempo, integre algunos de los elementos que mayor poder explicativo ofrecen para abordar nuestro objeto de estudio.

2. EL REALISMO NEOCLÁSICO

Las diversas teorías realistas poseen diferentes elementos comunes. Entre estos destacan el papel del Estado como actor central de las relaciones internacionales y el carácter anárquico del entorno en el que este actor se desenvuelve. Sin embargo, los diferentes niveles de análisis que existen, y que Waltz esbozó en la obra ya citada³, han servido para desarrollar diferentes perspectivas realistas que incluyen distintas variables intervinientes en sus explicaciones, tal y como sucede con el realismo neoclásico.

Gideon Rose utilizó por primera vez el término de realismo neoclásico en 1998⁴, y al igual que el realismo estructural esta teoría desarrolla sus análisis a partir del estudio de la posición relativa que cada Estado ocupa en el sistema internacional. Es decir, la distribución de poder en el sistema continúa siendo una variable independiente para explicar el comportamiento del Estado en el marco de un contexto anárquico, marcado por las rivalidades, la competición y la hostilidad. En este sentido nos encontramos ante una teoría que comparte la visión sistémica del realismo estructural, pero que integra algunas críticas hechas al realismo estructural desde posiciones liberales y constructivistas, así como desde la psicología cognitiva⁵. Esto es lo que conduce a esta teoría a combinar factores que pertenecen a los niveles de análisis del Estado y del individuo en su aproximación a la política exterior.

Así pues, el realismo neoclásico, a la hora de abordar la política internacional, otorga especial importancia a las variables sistémicas del entorno

³ La importancia académica de esta obra fue destacada por BUZAN, B., «The Level of Analysis Problem Reconsidered», en BOOTH, K. y SMITH, S. (eds.), *International Relations Theory Today*, Pennsylvania, Pennsylvania University Press, 1995, pp. 198-216.

⁴ ROSE, G., «Neoclassical Realism and Theories of Foreign Policy», *World Politics*, vol. 51, 1998, núm. 1, pp. 144-172.

⁵ RIPSAN, N. M., TALIAFERRO, J. W. y LOBELL, S. E., *Neoclassical Realist Theory of International Politics*, Nueva York, Oxford University Press, 2016, p. 11.

internacional que son filtradas a través de las variables intervinientes en el nivel doméstico. Esto es lo que conduce a esta teoría a tener en cuenta el papel que desempeñan diferentes factores que se ubican en lo que Waltz llamó la primera y segunda imagen. De esta manera el realismo neoclásico busca explicar la política exterior del Estado a partir de la interacción de los estímulos externos con variables del nivel doméstico como la percepción de los líderes, la cultura estratégica, las relaciones entre el Estado y la sociedad, así como las características de las instituciones domésticas⁶. Al proceder así el realismo neoclásico busca analizar el modo en el que las variables de la segunda y primera imagen afectan al comportamiento internacional del Estado frente a estímulos exteriores en la forma de desafíos y oportunidades.

El realismo neoclásico es estructural en sus fundamentos, pues el propio Zakaria afirma que «una buena teoría debería examinar primero el efecto del orden internacional en la política exterior de un país, porque la característica general más importante de un Estado —en sus relaciones internacionales— es su posición relativa en el sistema mundial»⁷. Esto hace que el realismo neoclásico permanezca alejado de las teorías reduccionistas que Waltz criticó en su día⁸, y que explican la política exterior de los Estados a partir de su política interior o de las tradiciones culturales de la nación⁹.

Como consecuencia de este planteamiento analítico, los realistas neoclásicos, pese a aceptar la importancia de las fuerzas que operan en el nivel sistémico, consideran que estas no son determinantes a la hora de definir la política exterior del Estado en la medida en que incorporan variables de la primera y segunda imagen a sus teorías. Por tanto, el realismo neoclásico asume aspectos decisivos del enfoque *Innenpolitik* (nivel de análisis del Estado), además de las críticas constructivistas al realismo estructural¹⁰. En lo que a esto respecta, el realismo neoclásico constituye una matización de ciertos aspectos del análisis del realismo estructural al tener en cuenta la influencia que la política interior, la cultura nacional o la actitud de cada dirigente responsable de la toma de decisiones, ejercen sobre la política exterior¹¹. Nada de esto cambia que la variable causal del nivel del sistema sea la dominante en las explicaciones de las teorías del realismo neoclásico, y que

⁶ *Ibid.*, p. 9.

⁷ ZAKARIA, F., *op. cit.*, p. 30.

⁸ WALTZ, K., *Teoría política internacional*, Buenos Aires, Grupo Editor Latinoamericano, 1988.

⁹ Entre los autores reduccionistas encontramos a SCHUMPETER, J., *Imperialismo. Clases sociales*, Madrid, Tecnos, 1986; MORGENTHAU, H. J., «Détente: The Balance Sheet», *The New York Times*, 28 de marzo de 1974, p. 39; KISSINGER, H., *Nuclear Weapons and Foreign Policy*, Nueva York, Harper, 1957, pp. 316-320; *id.*, *A World Restored*, Nueva York, Grosset and Dunlap, 1964, pp. 1-6; *id.*, «The White Revolutionary: Reflections on Bismarck», *Daedalus*, vol. 97, 1968, núm. 3, pp. 888-924; LENIN, V. I., *El imperialismo, fase superior del capitalismo*, Madrid, Fundamentos, 1974; HOBSON, J. A., *Estudio del imperialismo*, Madrid, Alianza, 1981.

¹⁰ RIPSAN, N. M., TALIAFERRO, J. W. y LOBELL, S. E., *op. cit.*, p. 8.

¹¹ ZAKARIA, F., *op. cit.*, p. 31.

las variables intervinientes de los niveles de análisis del individuo y del Estado ocupen una posición secundaria¹².

El realismo neoclásico, entonces, centra su atención en el impacto de los estímulos exteriores en el ámbito interior del Estado para explicar así la política exterior. Gideon Rose afianza este planteamiento al afirmar que los realistas neoclásicos argumentan que el alcance y la ambición de la política exterior de un país depende fundamentalmente del lugar que ocupa en el sistema internacional, y más concretamente de su poder relativo determinado por sus capacidades materiales. Por tanto, el impacto de dichas capacidades en la política exterior es indirecto y complejo debido a que las presiones sistémicas se manifiestan a través de las variables intervinientes al nivel de la unidad¹³.

El sistema internacional, entonces, limita las posibilidades del Estado, y consecuentemente la respuesta que pueda dar a los desafíos que se presenten en esta esfera. Sin embargo, la política exterior no se explica únicamente por esas presiones externas, sino también por la influencia de variables intervinientes que filtran los imperativos estructurales de la primera y segunda imagen. Por tanto, según el realismo neoclásico los estímulos exteriores interactúan con las condiciones internas del Estado, lo cual explica su comportamiento en la arena internacional. De esta manera, los complejos procesos de la política doméstica operan como correa de transmisión de las fuerzas externas¹⁴. Debido a sus condiciones internas los Estados reaccionan de manera diferente ante oportunidades y presiones sistémicas parecidas¹⁵. Esto es lo que permite al realismo neoclásico explicar aquellos comportamientos y acontecimientos que quedan fuera del alcance explicativo del realismo estructural¹⁶.

Debido a lo antes expuesto, el realismo neoclásico presta especial atención a factores del nivel del Estado como los partidos políticos, las estructuras internas, los grupos de interés, la capacidad extractiva del Estado o las relaciones entre Estado y sociedad para explicar la política exterior¹⁷. Asimismo, tiene en cuenta distintos factores del nivel del individuo como son la persona-

¹² MOURE PEÑÍN, L., «El realismo en la teoría de las relaciones internacionales», en DEL ARENAL, C. y SANAHUJA, J. A. (eds.), *Teorías de las relaciones internacionales*, Madrid, Tecnos, 2015, pp. 61-96, esp. p. 90.

¹³ ROSE, G., *op. cit.*, p. 146.

¹⁴ SCHWELLER, R. L., «Unanswered Threats: A Neoclassical Realist Theory of Underbalancing», *International Security*, vol. 29, 2004, núm. 2, pp. 159-201, esp. p. 164.

¹⁵ SCHWELLER, R. L., «The Progressiveness of Neoclassical Realism», en ELMAN, C. y ELMAN, M. F. (eds.), *Progress in International Relations Theory: Appraising the Field*, Cambridge, MIT Press, 2004, pp. 311-347.

¹⁶ WALT, S. M., «The Enduring Relevance of the Realist Tradition», en KATZNELSON, I. y MILNER, H. V. (eds.), *Political Science: The State of the Discipline*, Nueva York, Norton, 2002, pp. 197-230.

¹⁷ Algunos trabajos que centran sus análisis en el papel de los factores del nivel del Estado son CHRISTENSEN, T. J., «Posing Problems without Catching Up: China's Rise and Challenges for U.S. Security Policy», *International Security*, vol. 24, 2001, núm. 4, pp. 5-40; SCHWELLER, R. L., *Deadly Imbalances: Tripolarity and Hitler's Strategy of World Conquest*, Nueva York, Columbia University Press, 1998; SNYDER, J., *Myths of Empire: Domestic Politics and International Ambition*, Nueva York, Cornell University Press, 1993.

lidad, emociones y aversión al riesgo de los gobernantes¹⁸. En términos generales los autores del realismo neoclásico consideran que la política exterior es el producto de una amalgama de los niveles sistémico, estatal e individual¹⁹.

Sin embargo, el realismo neoclásico no analiza cómo las presiones internacionales moldean la esfera doméstica del Estado e influyen así en la configuración de su política exterior. Su atención es dirigida, como ha sido explicado, a dilucidar el modo en el que dichas presiones interactúan con los factores de la primera y segunda imagen para explicar así el comportamiento del Estado en la arena internacional. Por el contrario, lo que aquí planteamos es un punto de vista diferente que examina el efecto que las presiones exteriores tienen en la organización del espacio interno del Estado, y cómo ello repercute en la configuración de su esfera doméstica y en su política exterior. El realismo neoclásico es útil para esta tarea en la medida en que incorpora a su análisis factores de la segunda imagen que aquí también son adoptados, como son las estructuras del Estado y las relaciones entre Estado y sociedad.

Por tanto, nuestra hipótesis, a partir de lo antes expuesto, es que la competición sistémica produjo una serie de desafíos que ejercieron presión sobre EE.UU. que, de este modo, modificó su esfera doméstica con la transformación de sus estructuras de poder internas y la alteración de la relación entre el Estado y la sociedad, todo ello con el propósito de hacer frente con éxito a dichos desafíos exteriores. Estos cambios se reflejaron en una nueva organización del espacio que implicó el aumento de sus capacidades nacionales con las que pudo adoptar una política exterior expansiva, lo que en última instancia contribuyó a que alcanzase el estatus de potencia global en el siglo xx. Cabe aclarar que aquí entendemos por potencia global aquel Estado que ostenta la capacidad para proyectar su poder político-militar a cualquier lugar del mundo en cualquier momento.

3. EL MÉTODO GEOPOLÍTICO

En relaciones internacionales existen diferentes enfoques acerca de la influencia que el medio internacional ejerce en la política doméstica de los países. Karl Deutsch fue uno de los primeros en abordar la influencia del medio exterior en la esfera doméstica de los Estados desde una perspectiva conductista²⁰. En otro lugar está el enfoque descriptivo de James Rosenau y su ex-

¹⁸ MERCER, J., «Human Nature and the First Image: Emotion in International Politics», *Journal of International Relations and Development*, vol. 9, 2006, núm. 3, pp. 288-303; BYMAN, D. y POLLACK, K., «Let Us Now Praise Great Men: Bringing the Statesman Back In», *International Security*, vol. 25, 2001, núm. 4, pp. 107-146.

¹⁹ SCHMIDT, B. C., «Competing Realist Conceptions of Power», *Millennium: Journal of International Studies*, vol. 33, 2005, núm. 3, pp. 523-549.

²⁰ DEUTSCH, K., «Influences on the Internal Behavior of States», en FARRELL, R. B. (ed.), *Approaches to Comparative and International Politics*, Evanston, Northwestern University Press, 1966, pp. 5-26.

plicación del *linkage* entre la esfera interna y la externa del Estado²¹. Aunque otros estudios analizaron esta cuestión en unos términos similares, lo importante a destacar es que existen dos corrientes explicativas. Por un lado están las explicaciones que basan el cambio interno en la influencia de la economía mundial. Estos son los trabajos de Alexander Gerschenkron, Barrington Moore, Albert Hirschman, James Kurth, Guillermo O'Donnell, etc.²². A estas explicaciones cabe sumar las de la teoría del centro-periferia, del imperialismo, del sistema-mundo, de la interdependencia compleja, del neomercantilismo y del neomarxismo centrado en el Estado²³. Y por otro lado están las explicaciones de los autores que abordan los cambios en la esfera doméstica a partir del sistema de Estados y las relaciones político-militares entre países. En esta categoría encontramos a Otto Hintze, Theda Skocpol, Leopold Ranke, Michael Roberts, Charles Tilly y Bruce Porter, entre otros²⁴.

Nuestra aproximación, en cambio, considera la competición geopolítica inherente a un sistema internacional anárquico la variable independiente que explica que EE.UU. alcanzase el estatus de potencia global. Por tanto, partimos de la premisa de que el medio exterior, debido a su naturaleza anárquica y marcado por la hostilidad, la desconfianza y la rivalidad entre los Estados,

²¹ ROSENAU, J. N., «Toward the Study of National-International Linkages», en ROSENAU, J. N. (ed.), *Linkage Politics: Essays on the Convergence of National and International Systems*, Nueva York, Free Press, 1969, pp. 43-63; *id.*, *The Adaptation of National Societies: A Theory of Political System Behavior and Transformation*, Nueva York, McCaleb-Seiler Pub. Co., 1970; *id.*, «Theorizing Across Systems: Linkage Politics Revisited», en WILKENFELD, J. (ed.), *Conflict Behavior and Linkage Politics*, Nueva York, David McKay, 1973, pp. 25-56.

²² GERSCHENKRON, A., *Economic Backwardness in Historical Perspective*, Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press, 1962; MOORE, B., *Los orígenes sociales de la dictadura y de la democracia. El señor y el campesino en la formación del mundo moderno*, Barcelona, Ariel, 2015; HIRSCHMAN, A., *Bias for Hope*, New Haven, Yale University Press, 1971; KURTH, J., «Patrimonial Authority, Delayed Development, and Mediterranean Politics», Nueva Orleans, 1973, paper presentado en la reunión anual de la American Political Science Association; *id.*, «Political Consequences of the Product Cycle», *International Organization*, vol. 33, 1979, núm. 1, pp. 1-34; O'DONNELL, G., *Modernization and Bureaucratic Authoritarianism*, Berkeley, University of California, 1973.

²³ FRANK, A. G., *Latin America: Underdevelopment or Revolution: Essays on the Development of Underdevelopment and the Immediate Enemy*, Londres, Monthly Review Press, 1970; *id.*, *Capitalism and Underdevelopment in Latin America: Historical Studies of Chile and Brazil*, Nueva York, Monthly Review Press, 1967; LENIN, V. I., *op. cit.*; HOBSON, J. A., *op. cit.*; WALLERSTEIN, I., *The Modern World System*, Nueva York, Academic Press, 1974; KEOHANE, R. O. y NYE, J. S., *Power and Interdependence*, Boston, Little Brown, 1977; GILPIN, R., *US Power and the Multinational Corporation*, Nueva York, Basic Books, 1975; *id.*, «Three Models of the Future», *International Organization*, vol. 29, 1975, núm. 1, pp. 37-60; SCHURMANN, F., *The Logic of World Power: An Inquiry into the Origins, Currents, and Contradictions of World Politics*, Nueva York, Pantheon Books, 1974.

²⁴ HINTZE, O., *Historia de las formas políticas*, Madrid, Revista de Occidente, 1968; *id.*, «Organización Militar y Organización del Estado», *Revista de Relaciones Internacionales*, noviembre 2006, núm. 5, <https://revistas.uam.es/index.php/relacionesinternacionales/article/view/4868/5337>; SKOCPOL, T., *States and Social Revolutions: A Comparative Analysis of France, Russia and China*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979; RANKE, L., «A Dialogue on Politics», en LAUE, T. H. VON (ed.), *Leopold Ranke: The Formative Years*, Princeton, Princeton University Press, 1950, pp. 152-180; ROBERTS, M., *The Military Revolution, 1560-1660: An Inaugural Lecture Delivered Before the Queen's University of Belfast*, Belfast, M. Boyd, 1956; TILLY, C., *Coerción, capital y los Estados europeos 990-1990*, Madrid, Alianza, 1992; PORTER, B. D., *War and the Rise of the State: The Military Foundations of Modern Politics*, Nueva York, The Free Press, 1994.

genera una serie de desafíos que presionan sobre la esfera interna de los países, y que estos, para garantizar su supervivencia y afrontarlos con éxito, adoptan una serie de políticas internas que modifican su esfera doméstica²⁵. El resultado de dichas políticas suele ser el aumento de las capacidades internas del Estado que se traducen en un incremento de su poder en el escenario internacional. Esto significa la rearticulación de las relaciones de poder del Estado con la sociedad, así como entre las instituciones que lo configuran.

Nuestro análisis parte, entonces, de la existencia de una relación dialéctica, de influencia recíproca, entre la esfera doméstica e internacional. Esto quiere decir que no concebimos una separación tajante entre los ámbitos externo e interno del Estado, sino que por el contrario existe una continuidad entre ambos dominios²⁶. Por este motivo planteamos que la competición entre países genera una serie de situaciones más o menos amenazantes, que aquí llamamos desafíos, que los Estados deben afrontar para garantizar su seguridad. Las presiones derivadas de estas amenazas externas se manifiestan a través de las condiciones internas del país, y consecuentemente varían en función de cada caso concreto. De cualquier forma, el efecto de estas presiones es el desencadenamiento de procesos de cambio en la esfera interna para incrementar las capacidades nacionales, lo que se traduce en una nueva organización del espacio, lo que, a su vez, repercute en la política exterior. Esto conecta con nuestra particular manera de entender la geopolítica que exponemos a continuación.

A diferencia de la geopolítica crítica, que considera la geopolítica un conjunto de prácticas discursivas²⁷, aquí concebimos la geopolítica como un conjunto de prácticas insertas en la guerra, la política (internacional y doméstica) y la diplomacia que se manifiestan en el modo de organizar el espacio. La geopolítica siempre ha estado imbricada en las decisiones tomadas en la alta política por estadistas, diplomáticos y mandos militares debido a las importantes implicaciones que tienen en la ordenación del espacio. No fue hasta finales del siglo XIX cuando dichas prácticas adoptaron entidad propia al constituirse en un ámbito de conocimiento concreto que fue llamado geopolítica y que algunos, como Adolf Grabowsky, la consideran un método que sirve para enfocar de manera espacial los fenómenos sociales²⁸. Por esta razón podemos afirmar que, pese a que las bases teóricas de la geopolítica son relativamente recientes, su carácter práctico es mucho más antiguo²⁹.

²⁵ Véase GOUREVITCH, P., «The Second Image Reversed: The International Sources of Domestic Politics», *International Organization*, vol. 32, 1978, núm. 4, pp. 881-912.

²⁶ Véase CAPORASO, J. A. (ed.), *The Elusive State: International and Comparative Politics*, Newbury, Sage Publications, 1989.

²⁷ AGNEW, J. y CORBRIDGE, S., *Mastering Space. Hegemony, Territory and International Political Economy*, Londres, Routledge, 1995, p. 47; Ó TUATHAIL, G. y AGNEW, J., «Geopolitics and Discourse: Practical Geopolitical Reasoning and American Foreign Policy», *Political Geography*, vol. 11, 1992, núm. 2, pp. 190-204.

²⁸ GRABOWSKY, A., «Das Problem der Geopolitik», *Zeitschrift für Politik*, 1933, núm. 22, pp. 765-802.

²⁹ DORPALEN, A. (ed.), *Geopolítica en acción. El mundo del Gral. Haushofer*, Buenos Aires, Pleamar, 1982, pp. 28-29.

Puede decirse que estas prácticas conforman una suerte de códigos geopolíticos al configurar una lógica específica que está presente en las decisiones políticas del más alto nivel³⁰.

Dado que el espacio es una construcción social que implica, contiene y disimula las relaciones sociales, tal y como señaló Henri Lefebvre, también refleja las relaciones de poder, pues estas son el resultado de superestructuras sociales como el Estado. De esta manera el espacio es ordenado de acuerdo a los requerimientos específicos de estas estructuras³¹. Por ejemplo, el Estado desarrolla sus propias instituciones en diferentes ámbitos por medio de las que organiza el espacio con el establecimiento de fronteras no solo políticas, como las que separan países, sino también a través de demarcaciones fiscales, judiciales, aduaneras, monetarias, administrativas, sanitarias, etc. Así, la construcción del espacio por el Estado consiste en una serie de prácticas geopolíticas que diferentes instituciones desarrollan en sus respectivos ámbitos. Este es el procedimiento mediante el que el Estado controla el comportamiento de las personas, pues las delimitaciones de carácter territorial regulan las relaciones sociales y forman parte de una estrategia de dominación que el ente estatal utiliza para movilizar los recursos que necesita para sostenerse en el ámbito interior y expandirse en la esfera exterior³². Tal y como sostiene Carl Dahlman, el territorio define las relaciones tanto entre humanos como entre humanos y objetos dentro de un área determinada. Estas relaciones son comunicadas mediante la demarcación de fronteras y el uso de la coerción para asegurar que estas son respetadas³³.

Así pues, el Estado, en su desarrollo histórico, genera diferentes instituciones y estructuras con las que ordena el espacio para tener acceso a los recursos disponibles en su territorio. La necesidad de seguridad en un contexto anárquico y competitivo es el origen de estos cambios internos. De esta forma el medio internacional presiona al Estado que se dota así de los instrumentos de dominación con los que garantizar su existencia. Sin embargo, este moldeamiento de la esfera doméstica repercute, a su vez, en la política exterior en la medida en que entraña el aumento de las capacidades internas del Estado. Esto último se traduce en un incremento de su poder internacional al extender su influencia e intereses en el mundo.

El realismo neoclásico analiza la política exterior del Estado a través de la interacción de las presiones internacionales con diferentes variables intervinientes en los niveles del Estado y del individuo. Por el contrario, en este trabajo nuestro interés recae en el efecto de dichas presiones en el nivel

³⁰ TAYLOR, P., *Geopolitics Revived*, Newcastle upon Tyne, University of Newcastle upon Tyne, 1988, p. 22.

³¹ LEFEBVRE, H., *La producción del espacio*, Madrid, Capitán Swing, 2013, pp. 139 y 141.

³² SACK, R. D., *Human Territoriality: Its Theory and History*, Nueva York, Cambridge University Press, 1986, pp. 5 y 19; *id.*, «Human Territoriality: A Theory», *Annals of the Association of American Geographers*, vol. 73, 1983, núm. 1, pp. 55-74.

³³ DAHLMAN, C. T., «Territory», en GALLAHER, C., DAHLMAN, C. T., GILMARTIN, M., MOUNTZ, A. y SHIRLOW, P. (eds.), *Key Concepts in Political Geography*, Londres, SAGE, 2009, pp. 77-86, esp. p. 80.

del Estado, y más específicamente en el moldeamiento de su esfera doméstica con la transformación de sus estructuras internas y las relaciones que mantiene con la sociedad, todo lo cual tiene su reflejo en la organización del espacio. Estas transformaciones conllevan un incremento de las capacidades nacionales y un cambio en la política exterior.

Así, nuestro punto de vista pretende explicar la política exterior de EE.UU. a través de los cambios inducidos en su esfera doméstica por las presiones del medio internacional. Al considerar que la geopolítica «indaga los movimientos en los sucesos estatales, los que acarrearán cambios, alteraciones y transformaciones de situaciones existentes y estudia los resultados que de aquellos derivan»³⁴, constituye un instrumento de análisis que revela la cinta cinematográfica de las fuerzas motrices que marcan el desarrollo histórico-político del Estado como sujeto espacial en lucha³⁵. La competición geopolítica internacional es así un proceso dinámico cuyo movimiento se ubica en el exterior, pero cuyos efectos se extienden al interior del Estado para, a través de este, repercutir en el escenario internacional. Esta dialéctica geopolítica nos permite analizar el proceso de construcción de EE.UU. en su organización del espacio y ponerlo en relación con su política exterior.

Nuestro análisis va a centrarse en diferentes episodios de la historia de EE.UU. que constituyen momentos críticos para la transformación de su esfera doméstica y su constitución como potencia global. Estos son la redacción y aprobación de la Constitución de 1787, la Guerra de 1812, la carrera colonial de finales del siglo XIX y la Segunda Guerra Mundial.

4. LA CONSTRUCCIÓN DE UNA POTENCIA GLOBAL

4.1. La Constitución de 1787

EE.UU. comenzó siendo una república confederal. Al igual que en otros casos, la guerra creó al Estado³⁶. Pero la guerra también mostró lo problemático que resultaba este modelo de organización política debido al escaso poder del que disponía el gobierno central. Tal es así que la confederación dependía en todo lo esencial de los Estados miembros tanto para la recaudación de fondos como para disponer de tropas en caso de conflicto. A esto cabe sumar las constantes disputas que existían en torno a cuestiones comerciales, territoriales y de otro tipo entre los propios Estados. El periodo comprendido entre 1781 y 1789 es considerado por algunos autores como un periodo

³⁴ HENNIG, R. y KÖRHZOLZ, L., *Introducción a la geopolítica*, Buenos Aires, Escuela de Guerra Naval, 1941, p. 13.

³⁵ Véase LAUTENSACH, H., «Wesen und methode der geopolitik», en LAUTENSACH, H. (ed.), *Geopolitik mit besonderer Berücksichtigung Deutschlands. Schauen und Schildern*, Fráncfort, vol. 3, 1925, núm. 11, pp. 5-8.

³⁶ TILLY, C., «Reflections on the History of European State-Making», en TILLY, C. (ed.), *The Formation of National States in Western Europe*, Princeton, Princeton University Press, 1975, pp. 3-83, esp. p. 42.

crítico³⁷. Esto es cierto para las instituciones centrales de la nueva república debido a los enormes problemas fiscales para financiar la deuda producida por la guerra, sin olvidar la fragilidad político-militar en la que quedó sumido el país tras la independencia.

Los principales líderes estadounidenses no dudaron en criticar el modelo confederal debido a su escasa y limitada eficacia gubernamental a la hora de hacer frente a los principales problemas que atenazaban al país, lo que se había evidenciado en las operaciones militares, la seguridad interna³⁸ y la mala situación económica. A esto se sumaban las complicaciones derivadas de la colonización del oeste, y de cómo la organización del espacio constituía un problema de difícil gestión con un gobierno débil que dependía de los Estados, a lo que cabe añadir, también, la amenaza latente de la presencia de poderes coloniales en Norteamérica como eran España e Inglaterra. Puede decirse que la vulnerabilidad de la recién nacida república creó entre los dirigentes del país la conciencia de que era necesaria una reforma constitucional para, de esta manera, adaptar el orden interno a las condiciones internacionales y geopolíticas en las que EE.UU. se encontraba si quería garantizarse su existencia a largo plazo. Sobre esto fue bastante explícito John Jay, quien enfatizó la importancia de disponer de un gobierno nacional fuerte y eficaz frente a las amenazas externas que acechaban a EE.UU.³⁹, y antes que él Alexander Hamilton señaló la importancia de un gobierno capaz de proteger su industria local para garantizar la seguridad al contar con los medios para costear su propia fuerza militar⁴⁰.

La Convención de 1787 fue un punto de inflexión en el desarrollo histórico de las instituciones políticas estadounidenses con la redacción de la constitución. De este modo fue acordada la creación de un nuevo gobierno que tuviera todos los poderes del Congreso de la confederación, así como poderes adicionales sobre los Estados⁴¹. El nuevo texto constitucional estableció las bases institucionales del nuevo gobierno federal con la creación del Congreso, la Presidencia y el Tribunal Supremo, así como de un incipiente *establishment* militar⁴². La Unión se dotó así de los instrumentos precisos para ejercer el

³⁷ FISKE, J., *The Critical Period of American History*, Boston, Houghton, Mifflin and Co., 1888.

³⁸ Los motines en el seno del ejército continental no fueron una excepción, como tampoco la desafección de una parte de la sociedad hacia el proceso de construcción nacional que representaba EE.UU.; SHY, J., *A People Numerous and Armed: Reflections on the Military Struggle for American Independence*, Nueva York, Oxford University Press, 1976; FERLING, J. E., *A Leap in the Dark: The Struggle to Create the American Republic*, Oxford, Oxford University Press, 2003; ZINN, H., *La otra historia de los Estados Unidos*, Nueva York, Editorial Siete Cuentos, 2011.

³⁹ JAY, J., *The Federalist Papers*, Nueva York, New American Library, 1962, p. 49.

⁴⁰ HAMILTON, A., «Report on Manufacturers», en HAMILTON, A., *Works*, Nueva York, Putnam, vol. 4, 1904, pp. 70-198; EARLE, E. M., «Adam Smith, Alexander Hamilton, Friedrich List: The Economic Foundations of Military Power», en PARET, P. (ed.), *Makers of Modern Strategy from Machiavelli to the Nuclear Age*, Princeton, Princeton University Press, 1986, pp. 217-261.

⁴¹ BEEMAN, R., *Plain Honest Men: The Making of the American Constitution*, Nueva York, Random House, 2009, p. 64.

⁴² KOHN, R. H., *Eagle and Sword: The Federalists and the Creation of the Military Establishment in America*, Nueva York, Free Press, 1975.

gobierno y extender su influencia a nivel local mediante la gestión y organización de los territorios adquiridos o conquistados en el oeste. Con anterioridad a 1789 el Congreso ya había hecho demarcaciones administrativas en regiones al norte de Ohio, oeste de Pensilvania y este del Mississippi, con las que no solo extendió la presencia del Estado, sino que sirvieron para la venta de tierras con las que recaudar ingresos para su maltrecha economía⁴³. Sin embargo, a partir de la entrada en vigor de la constitución se aceleró e incrementó la venta de tierras, lo que al mismo tiempo sirvió para extender el sistema de gobierno representativo. Así, por ejemplo, la Public Land Act de 1796 sirvió para que el gobierno federal vendiese por dos dólares el acre las tierras que gestionaba en los territorios del oeste. Para 1800 el gobierno puso a la venta parcelas de 320 acres. Esto hizo que para 1811 se hubieran vendido más de tres millones de acres⁴⁴.

La tierra es una fuente de poder político, económico, militar, etc., razón por la que los Estados buscan ampliar su posesión en la medida de lo posible para disponer de una cantidad creciente de recursos con los que incrementar sus capacidades internas y, así, aumentar su poder internacional⁴⁵. Esto explica que los padres fundadores no perdiesen de vista la necesidad de expandir el territorio de EE.UU. para garantizar su seguridad frente a otras potencias, como las europeas, y al mismo tiempo sentar las bases materiales para desarrollar un papel activo en el escenario de la política mundial. Todo esto estaba ligado, asimismo, a la extensión de la forma de gobierno de este país. Thomas Jefferson, por ejemplo, admitió que el aumento del territorio de EE.UU. con la compra de Luisiana tenía como propósito extender el sistema de gobierno estadounidense. Más tarde, ya fuera de la Presidencia, no dudó en dirigirse a su sucesor, James Madison, para persuadirle de la conveniencia de incluir a Canadá en el Imperio de la Libertad que para él representaba EE.UU. Al final de su vida ya no veía ningún límite geográfico para la expansión de ese imperio⁴⁶.

Los proyectos geopolíticos expansionistas de la élite estadounidense respondían a una necesidad de seguridad que al mismo tiempo fue justificada en unos términos ideológicos como la materialización de una misión histórica y universal, algo que posteriormente se concretó en el Destino Manifiesto⁴⁷. Además, la organización del espacio con la que el gobierno federal extendió su jurisdicción tenía directa relación con la reproducción del sistema social

⁴³ MORGAN, E. S., *The Birth of the Republic 1763-89*, Chicago, The University of Chicago Press, 1977, pp. 112 y ss.

⁴⁴ JOHNSON, P., *The Birth of the Modern*, Nueva York, Harper Perennial, 1991, p. 211.

⁴⁵ RATZEL, F., «Las leyes del crecimiento espacial de los Estados. Una contribución a la Geografía Política Científica», *Geopolítica(s). Revista de estudios sobre espacio y poder*, vol. 2, 2011, núm. 11, pp. 135-156.

⁴⁶ TUCKER, R. W. y HENDRICKSON, D. C., *Empire of Liberty: The Statecraft of Thomas Jefferson*, Nueva York, Oxford University Press, 1992, p. 7; FORD, P. L. (ed.), *The Works of Thomas Jefferson*, Nueva York, Cosimo Classics, vol. 9, 2010, pp. 315-319.

⁴⁷ O'SULLIVAN, J. L., «Annexation», *United States Magazine and Democratic Review*, vol. 17, julio-agosto de 1845, núm. 1, pp. 5-11; Ó TUATHAIL, G., «Manifest Destiny», en O'LOUGHLIN, J. (ed.), *Dictionary of Geopolitics*, Westport, Greenwood Press, 1994, pp. 158-159.

existente. De esta manera la articulación territorial de la nueva república era en última instancia el reflejo de una estructura de clases en la que una minoría poderhabiente, en virtud de su riqueza, ostentaba derechos políticos y detentaba así los cargos de dirección del Estado. John Adams fue bastante explícito en lo que a esto respecta al afirmar que la propiedad de la tierra y el poder político en la sociedad están interrelacionados, de manera que el primero condiciona al segundo, tal y como James Harrington, filósofo inglés del siglo XVII, había afirmado⁴⁸.

4.2. La Guerra de 1812

El expansionismo de EE.UU. fue el resultado de una necesidad de seguridad frente a la presencia de colonias europeas, y en distinta medida de las tribus indias contra las que emprendió diferentes guerras. Sin embargo, la Guerra de 1812, que forma parte de ese proceso de expansión territorial⁴⁹, constituyó un punto de inflexión en la posterior evolución de este país. La razón es la derrota y humillación de EE.UU., como así lo prueba que las tropas británicas tomaran Washington D.C. y saqueasen e incendiasen la Casa Blanca y el Capitolio. Todo esto sirvió para poner de manifiesto la vulnerabilidad y debilidad internacional de EE.UU. La derrota creó consternación en la élite estadounidense, pero sobre todo la hizo consciente de la importancia y necesidad de crear una base económica lo suficientemente grande como para garantizar la seguridad del país. Así es como esta guerra fue un poderoso estímulo para que EE.UU. lograra dotarse de los medios adecuados que a largo plazo le permitieron alcanzar el estatus de potencia global.

El *American system* fue la respuesta a esta necesidad como programa nacional para reforzar el poder de EE.UU. Este programa fue impulsado durante la presidencia de John Quincy Adams, y sus máximos exponentes políticos fueron Henry Clay, John Calhoun y Daniel Webster. El *American system* hizo posible el desarrollo del gobierno federal y la implantación del capitalismo en el periodo de la anteguerra. Perseguía el desarrollo y crecimiento económico necesarios para apuntalar el poder del gobierno federal tanto en la esfera doméstica como en la exterior. En lo más fundamental consistió en una política mercantilista dirigida a industrializar el país a escala nacional por medio del establecimiento de medidas proteccionistas, el uso de fondos federales para financiar infraestructuras que facilitasen el desarrollo del mercado interior, y el recurso al banco central para promover el comercio y constituir el nexo de unión para un sistema financiero disperso y fragmentado⁵⁰.

⁴⁸ ADAMS, J., *Papers of John Adams*, Cambridge, Belknap Press, vol. 4, 1977, p. 210; HARRINGTON, J., *La república de Oceana*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013; SABINE, G. H., *Historia de la teoría política*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 2002, pp. 384-386.

⁴⁹ KENNEDY, D. M., COHEN, L. y BAILEY, T. A., *The American Pageant*, Boston, Wadsworth Cengage Learning, vol. 1, 2010, p. 244; BROWN, R. H., *The Republic in Peril*, Nueva York, Norton, 1971, p. 121.

⁵⁰ LIVELY, R. A., «The American System, a Review Article», *Business History Review*, vol. 29, 1955, núm. 1, pp. 81-96; DORFMAN, J., *The Economic Mind in American Civilization, 1606-1865*, Londres,

El programa del *American system* fue parte del proceso de autofortalecimiento del gobierno federal con el que inició la industrialización⁵¹, lo que implicó una reorganización del espacio geográfico que abarcaba la Unión. Todo esto era necesario para tener acceso a los recursos disponibles a nivel local y poder movilizarlos a una escala nacional y masiva. La ejecución de este programa comenzó en 1818 con la construcción de una carretera nacional que unió Cumberland, en Maryland, con Wheeling en Virginia⁵². En las décadas siguientes se construyeron diferentes canales y carreteras que interconectaron la costa este de EE.UU. además de enlazar con la región de los Grandes Lagos, como fue durante la administración de John Q. Adams⁵³. En 1840 había construidos más de 5.300 kilómetros de canales, a los que pronto se les sumó el ferrocarril, que para aquella época tenía una cantidad similar de kilómetros de vía⁵⁴. Estas inversiones en infraestructuras fueron realizadas por el gobierno federal en colaboración con empresas privadas, lo que alimentó el proceso industrializador que estaba en marcha en el norte.

Las tarifas arancelarias para proteger la industria y proveer de ingresos al gobierno federal, las inversiones federales en infraestructuras, la existencia de un banco central para facilitar el comercio y monetizar la economía, y los precios elevados en la venta de tierras públicas, constituyeron los principales pilares del *American system* promovido por Henry Clay y otros destacados miembros del partido nacional republicano⁵⁵. Los denodados esfuerzos dirigidos a aumentar las bases materiales del poder del Estado a través de este programa fueron un paso decisivo en el incremento de las capacidades nacionales de EE.UU. Sin embargo, el contexto político e institucional impidió su desarrollo exitoso al chocar con un orden constitucional en el que los Estados conservaban un elevado poder frente al gobierno federal. De hecho, la Guerra de Secesión se explica en gran medida por esta razón, y forma parte así de un proceso de reorganización interna para adaptar las condiciones de la esfera doméstica a las exigencias del medio internacional.

HARRAP, 1947; FONER, E., *Free Soil, Free Labor, Free Men: The Ideology of the Republican Party before the Civil War*, Nueva York, Oxford University Press, 1970; REMINI, R. V., *Henry Clay: Statesman for the Union*, Nueva York, Norton, 1991; STANWOOD, E., *American Tariff Controversies in the 19th Century*, Westminster, A. Constable & Co., 1904.

⁵¹ En relación a las estrategias de autofortalecimiento véase el interesante y muy documentado estudio de HUI, V. T., *War and State Formation in Ancient China and Early Modern Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.

⁵² GALLATIN, A., *Report on the Subject of Public Roads and Canals*, Washington, R. C. Weightman, 1808.

⁵³ HARGREAVES, M. W. M., *The Presidency of John Quincy Adams*, Lawrence, University Press of Kansas, 1985.

⁵⁴ COWAN, R. S., *A Social History of American Technology*, Nueva York, Oxford University Press, 1997, pp. 104 y 115-117; TAYLOR, G. R., *The Transportation Revolution, 1815-1860*, Nueva York, Rinehart & Co., 1951; GOODRICH, C., *Government Promotion of American Canals and Railroads, 1800-1890*, Nueva York, Columbia University Press, 1960; DURRENBERGER, J. A., *Turnpikes: A Study of the Toll Road Movement in the Middle Atlantic States and Maryland*, Cos Cob, John E. Edwards, 1968; RANSOM, R. L., «Interregional Canals and Economic Specialization in the Antebellum United States», *Explorations in Entrepreneurial History*, vol. 5, 1967, núm. 1, pp. 12-35; WOOD, F. J., *The Turnpikes of New England*, Boston, Marshall Jones, 1919.

⁵⁵ LIVELY, R. A., *op. cit.*, pp. 81-96; DORFMAN, J., *op. cit.*; FONER, E., *op. cit.*; REMINI, R. V., *op. cit.*

El periodo de la anteguerra no estuvo exento de conquistas territoriales que continuaron la política expansionista iniciada con la independencia del país. Algunos autores, como Michael Desch, han considerado estas campañas militares el reflejo de una tendencia decreciente de las amenazas exteriores, lo que a su juicio hizo posible posteriormente la Guerra de Secesión⁵⁶. Pero lo cierto es que las sucesivas guerras e incursiones militares de EE.UU. durante este periodo que media entre 1812 y 1861 respondieron a una doble necesidad de seguridad: por un lado la expulsión de poderes coloniales europeos o, en su caso, la limitación de su influencia como es el caso de Gran Bretaña; y por otro lado la anexión de nuevos territorios para ampliar la base del poder de la Unión con vistas a jugar un papel destacado en la esfera internacional⁵⁷.

La firma del Tratado de Gante en 1814, que puso fin a la Guerra de 1812, también alejó cualquier amenaza británica procedente de Canadá, mientras que la firma del Tratado Adams-Onís no solo supuso la incorporación de la Florida española al territorio de EE.UU. sino que convirtió definitivamente la cuestión india en un asunto interno. La declaración de la Doctrina Monroe en 1823 definió la política exterior de EE.UU. en términos geográficos al establecer su propia esfera de influencia, pero además de esto expresaba la ambición de los líderes estadounidenses de convertir a su país en una gran potencia⁵⁸. En lo que a esto último respecta, dicha doctrina fue una advertencia a las potencias coloniales europeas al ser vistas como una potencial amenaza. Por esta razón EE.UU. no aceptó desde entonces en adelante ninguna injerencia europea en las nacientes repúblicas al sur de Río Grande, así como el establecimiento de nuevas colonias en suelo americano⁵⁹.

La anexión de Texas y la posterior guerra con México entre 1846 y 1848 forman parte de la dinámica expansiva estadounidense, sobre todo al conllevar un crecimiento geográfico decisivo que le permitió ampliar considerablemente su costa en el Pacífico. De esta manera EE.UU. comenzó a tener acceso a una gran cantidad de recursos cuya movilización fue posible a medida que desarrolló su infraestructura de comunicaciones interna, principalmente a través del ferrocarril, pero también por medio del telégrafo. Esta reorganización del espacio transformó la esfera doméstica de EE.UU. de forma decisiva al sentar las bases de su posterior influencia política. Todo esto, unido a la

⁵⁶ DESCH, M. C., «War and Strong States, Peace and Weak States?», *International Organization*, vol. 50, 1996, núm. 2, pp. 237-268, esp. p. 247.

⁵⁷ Este punto de vista lo manifestaron diferentes presidentes como Franklin Pierce en 1853, o su sucesor James Buchanan, y antes que ellos James Madison, James Monroe y John Quincy Adams. RICHARDSON, J. D., *A Compilation of the Messages and Papers of the Presidents*, Washington D.C., Bureau of National Literature, vol. 5, 1911, p. 198; WEINBERG, A. K., *Manifest Destiny: A Study of Nationalist Expansionism in American History*, Baltimore, Johns Hopkins Press, 1935, pp. 65 y 228; ADAMS, J. Q., *Memoirs of John Quincy Adams*, Filadelfia, J. B. Lippincott, vol. 4, 1875, pp. 438-439.

⁵⁸ MAY, E. R., *The Making of the Monroe Doctrine*, Cambridge, Harvard University Press, 1975, p. 20. Cabe aclarar que asumimos la misma definición de gran potencia recogida en SCHMITT, C., *El nomos de la tierra en el Derecho de Gentes del Jus Publicum Europaeum*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979, pp. 228-229.

⁵⁹ DANGERFIELD, G., *The Era of Good Feelings*, Nueva York, Harcourt, Brace and World, 1952, p. 303.

Doctrina Monroe, permitió a este país convertirse en una potencia regional, pero igualmente abrió el camino para una más amplia participación en los asuntos mundiales⁶⁰.

4.3. La carrera colonial

La Guerra de Secesión permitió superar las limitaciones que los derechos de los Estados habían supuesto a nivel institucional al facilitar la concentración del poder en el gobierno federal. De esta forma fue posible proseguir con el proceso de autofortalecimiento nacional iniciado con el *American system*, y que desde 1850 se había manifestado en el despegue hacia la industrialización con un crecimiento económico sostenido. En cualquier caso, la eliminación de los obstáculos institucionales y constitucionales que dificultaban la creación de una base económica e industrial amplia facilitó unas elevadas tasas de crecimiento en la posguerra⁶¹.

EE.UU. continuó la ordenación del extenso espacio geográfico que abarcaba, como así lo demuestran las sucesivas leyes aprobadas por el Congreso como fue la Homestead Act de 1862, que permitió la venta de 270 millones de acres, es decir, el 10 por 100 de la superficie del país. A esta ley aún le siguieron otras como la Timber Culture Act de 1873, la Desert Land Act de 1887 y la Grazing Homestead Act de 1916, que impulsaron el proceso de privatización de la tierra⁶². De esta manera el Estado no solo aumentó su base tributaria, sino que extendió su sistema de gobierno y pasó así a tener acceso a recursos que hasta entonces habían permanecido fuera de su alcance, lo que coincidió con el reinicio de las guerras contra los pueblos indios⁶³. La extensión del mercado, la monetización de la economía, la generalización del trabajo asalariado, etc., contribuyeron a movilizar las fuerzas de producción e incrementar notablemente la productividad. Todo esto explica que la tasa de crecimiento de EE.UU. se situase en un promedio del 5 por 100 anual a pesar de atravesar varias crisis en el último tercio del siglo XIX⁶⁴.

Esta dinámica de transformaciones internas respondía a la tendencia iniciada tras la Guerra de 1812, y que no hizo sino acelerarse con los cambios producidos a nivel institucional tras la Guerra de Secesión. De esta forma la

⁶⁰ O'LOUGHLIN, J., «Monroe Doctrine», en O'LOUGHLIN, J. (ed.), *Dictionary of Geopolitics*, Westport, Greenwood Press, 1994, pp. 166-168.

⁶¹ PLETCHER, D. N., «1861-1898: Economic Growth and Diplomatic Adjustment», en BECKER, W. H. y WELLS, S. F. (eds.), *Economics and World Power*, Nueva York, Columbia University Press, 1986, pp. 119-172.

⁶² SKAGGS, J. M., *Prime Cut: Livestock Raising and Meatpacking in the United States, 1607-1983*, College Station, Texas A&M University Press, 1967, p. 79.

⁶³ Este fenómeno está unido al fin de la época de la frontera americana a finales del siglo XIX. TURNER, F. J., *The Significance of the Frontier in American History*, Arizona, University of Arizona Press, 1994.

⁶⁴ COPPOCK, D. D., «The Causes of the Great Depression, 1873-1896», *The Manchester School of Economics and Social Studies*, vol. 29, 1961, núm. 3, pp. 205-232.

inseguridad de EE.UU. propició transformaciones internas decisivas dirigidas a aumentar sus capacidades nacionales. Así se explica que a finales del siglo XIX este país fuese una gran potencia en lo económico⁶⁵, y que quisiese participar en el reparto del mundo en el contexto de creciente competición en la lucha colonial desatada entre las grandes potencias del momento⁶⁶. Para entonces ya había logrado establecer un gobierno central fuerte con los mecanismos precisos para transformar el potencial económico del conjunto de la nación en poder político y militar en la arena internacional⁶⁷.

Los impulsos imperialistas fueron favorecidos por las condiciones internas de EE.UU., pues para 1890 ya contaba no solo con los medios económicos sino también políticos e institucionales para desempeñar el papel de gran potencia⁶⁸. Así es como ese potencial, tanto económico como político, se materializó en el relanzamiento de su política exterior. En lo que a esto se refiere, el papel de Alfred Mahan fue relevante al haber concretado las tesis imperialistas de la élite estadounidense en una serie de artículos⁶⁹. Así es como pudieron aparecer en escena personajes como el Secretario de Estado John Hay, el Senador Henry Cabot Lodge y los Presidentes William McKinley y Theodore Roosevelt, quienes encontraron una situación económica, política e internacional favorable para que EE.UU. materializase sus aspiraciones coloniales. Esto hizo posible la anexión de Hawai, Filipinas, Puerto Rico, Guam, etc. La política adoptada se basaba en una interpretación muy concreta del escenario internacional al entender que si EE.UU. no participaba activamente en el reparto colonial del mundo quedaría sumido en una situación de desventaja en el terreno económico y político. Las capacidades internas de EE.UU., definidas tanto en términos económicos como institucionales y organizativos, hicieron posible esa política exterior expansionista.

La Guerra de 1898 convirtió a EE.UU. en una gran potencia. Las restantes grandes potencias reconocieron el nuevo estatus de EE.UU. al demostrar este país su posición preeminente en el escenario internacional, y por ello su capacidad para participar en la ordenación común del espacio geográfico mundial. Desde entonces EE.UU. ha desempeñado un papel relevante en los asuntos de la política mundial, lo que fue el reflejo de una serie de cambios cualitativos en su constitución interna que le permitieron alcanzar ese nuevo estatus.

⁶⁵ ZAKARIA, F., *op. cit.*, p. 74.

⁶⁶ LEFFLER, M. P., «National Security», en HOGAN, M. J. y PATERSON, T. G. (eds.), *Explaining the History of American Foreign Relations*. Cambridge, Cambridge University Press, 2004, pp. 123-136.

⁶⁷ Esto fue logrado en la década de 1890 debido a que los años previos el gobierno federal se sumió en conflictos internos entre el legislativo y el ejecutivo en torno al liderazgo del país en la política exterior. ZAKARIA, F., *op. cit.*, pp. 88-120.

⁶⁸ Se produjo una transferencia de poder del legislativo al ejecutivo que permitió a este último desarrollar una política exterior expansionista. Woodrow Wilson señaló este proceso de cambio en el seno del gobierno federal. WILSON, W., *Congressional Government: A Study in American Politics*, Boston, Houghton Mifflin Company, 1914, pp. v-xiii.

⁶⁹ MAHAN, A. T., *El interés de Estados Unidos de América en el poderío marítimo. Presente y futuro*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2000.

4.4. La Segunda Guerra Mundial

La Primera Guerra Mundial confirmó el estatus internacional de EE.UU., pero no conllevó el desarrollo de una política exterior intervencionista en los asuntos mundiales, sino que por el contrario regresó al aislacionismo⁷⁰. Por esta razón nos vemos obligados a abordar directamente la Segunda Guerra Mundial.

Las amenazas japonesa y alemana operaron como un poderoso estímulo que presionó sobre la esfera doméstica de EE.UU. En el siglo XIX la Guerra de 1812 puso en marcha una serie de procesos de reorganización que cambiaron la constitución interna de este país. Primero con una concentración del poder en el gobierno federal a expensas de los derechos de los Estados, y finalmente una reestructuración del gobierno con una transferencia del poder del Congreso a la Presidencia⁷¹. La Segunda Guerra Mundial impulsó una serie de transformaciones que conllevaron la transferencia del poder de la Presidencia al entramado de seguridad nacional por ella generada, lo que estuvo acompañado, también, de la reorganización del espacio geográfico nacional.

EE.UU. comenzó los preparativos para la guerra al final de la década de 1930, momento en el que la administración de Franklin D. Roosevelt centró su atención en la política exterior del país⁷². El desarrollo de los acontecimientos en el escenario internacional produjo la transformación de la esfera doméstica de EE.UU. como nunca antes se había visto en la historia de este país. Si en 1939 la rama ejecutiva del gobierno contaba con aproximadamente 936.000 funcionarios, la cifra total ascendió a más de 3,8 millones en 1945. Ciertamente la desmovilización que siguió al final de la guerra contrajo a la administración federal hasta los 1,93 millones de funcionarios en 1950, lo que significa un aumento neto de un millón de empleados públicos con respecto a 1939⁷³.

La transformación de las estructuras de poder a nivel federal conllevó no solo el aumento del personal a su cargo, así como de las asignaciones presupuestarias, sino que igualmente implicó la transformación del espacio geográfico para su adaptación a las nuevas necesidades de la guerra, pero también de unas instituciones renovadas. Entre 1941 y 1942 alrededor de 5.000 funcionarios federales se mudaron a Washington D.C. cada mes. Como consecuencia de esto la capital del país se convirtió en una floreciente metrópoli y en el centro de poder alrededor del que gravitaron todos los asuntos

⁷⁰ Una investigación que constata la preeminencia de EE.UU. tras la Gran Guerra, y que explica los cambios que este país imprimió en el mundo a nivel económico y militar, la encontramos en TOOZE, A., *The Deluge: The Great War, America and the Remaking of the Global Order, 1916-1931*, Nueva York, Viking, 2014. Para un estudio detallado del aislacionismo estadounidense, sobre todo para el periodo de entreguerras, es recomendable la lectura de ADLER, S., *The Isolationist Impulse: Its Twentieth-Century Reaction*, Nueva York, Abelard-Schuman, 1957.

⁷¹ ZAKARIA, F., *op. cit.*, pp. 133-177.

⁷² COOK, F. J., *The Warfare State*, Londres, Jonathan Cape, 1963, pp. 50-51.

⁷³ PORTER, B. D., *op. cit.*, p. 279.

importantes de la nación. Más de un millón de asalariados se unieron a la emergente burocracia encargada de regular la economía y los más variados asuntos de la vida de los estadounidenses, así como de gestionar diferentes aspectos de la seguridad nacional. Este crecimiento explosivo se produjo en muy poco tiempo y fue muy visible en departamentos como el de guerra o el de la armada. Debido a la fragmentación y dispersión departamental con diferentes edificios encargados de las cuestiones de defensa, surgió la necesidad logística y organizativa de construir el Pentágono que, a partir de entonces, concentró la actividad de la burocracia del entramado de seguridad nacional y se convirtió en el centro neurálgico del complejo militar-industrial. Esto fue combinado con otras medidas del gobierno federal, que para 1945 había construido, alquilado, comprado o confiscado 358 edificios adicionales en Washington D.C.⁷⁴

Las transformaciones en las estructuras burocráticas y organizativas del Estado fueron significativas y decisivas para respaldar al ejército en el esfuerzo bélico. Pero igual de importantes fueron las transformaciones de la base productiva de la economía estadounidense, lo que se reflejó en la organización del espacio. Esto es lo ocurrido, por ejemplo, con pequeñas aldeas ubicadas en cruces de caminos que eran reconvertidas rápidamente en florecientes ciudades industriales. Era habitual que lugares que previamente habían sido irrelevantes pasasen a desempeñar un rol importante en el proceso de extracción y movilización de recursos de la economía. Inevitablemente esto exigía la construcción de viviendas para los trabajadores de las fábricas, lo que originó la formación de extensas urbanizaciones⁷⁵. Y aunque la red de ferrocarriles ya estaba perfectamente establecida, su gestión se llevó a cabo conforme a requerimientos militares. Asimismo, hay que mencionar la red de carreteras y autopistas, pues tanto en los años previos como, sobre todo, durante la propia guerra, fue ampliada sustancialmente. Las implicaciones militares de estos proyectos de obras públicas quedaron perfectamente claras cuando el Bureau of Public Roads solicitó al ejército una lista de carreteras que eran necesarias para la defensa nacional⁷⁶. Esto llevó al General John Pershing a elaborar una extensa y detallada lista de la red de carreteras que comprendía alrededor de 32.000 kilómetros⁷⁷. Aunque en la década de 1920 hubo un *boom* en la construcción de carreteras, fue a partir de 1938 cuando se establecieron los principales corredores de comunicaciones para el tráfico rodado, lo que fue conocido inicialmente como la red de carreteras interestatales.

¿Cuáles fueron las principales consecuencias de la dinámica introducida por la Segunda Guerra Mundial? La primera de ellas fue la formación de un

⁷⁴ *Ibid.*, p. 281.

⁷⁵ COOK, F. J., *op. cit.*, p. 57.

⁷⁶ MCNICHOL, D., *The Roads That Built America: The Incredible Story of the U.S. Interstate System*, Nueva York, Sterling, 2006, p. 87.

⁷⁷ SCHWANTES, C. A., *Going Places: Transportation Redefines the Twentieth-Century West*, Bloomington, Indiana University Press, 2003, p. 142.

poderoso complejo militar-industrial. La segunda, derivada de la anterior, fue la transformación de la esfera doméstica de EE.UU., lo que supuso una transferencia del poder de la sociedad al Estado, y dentro del gobierno de EE.UU. del directorio político, representado fundamentalmente por la Presidencia, al complejo militar-industrial. La tercera y más importante en términos geopolíticos fue la conversión de EE.UU. en una potencia global a partir de 1945.

Los cambios que se produjeron durante la guerra a nivel interno dieron al ejército un gran poder en términos de recursos económicos y humanos, y con ello alcanzó un enorme peso en la política federal. Estos cambios fueron formalizados con la National Security Act de 1947, así como con la reforma de esta ley en 1949. En esencia fue una reestructuración general de las agencias de inteligencia y de las fuerzas armadas de EE.UU. que sentó las bases del entramado de seguridad nacional⁷⁸. El sistema político estadounidense fue así completamente subvertido al desplazar el centro de gravedad del gobierno federal del Congreso y la Casa Blanca al Pentágono. La consecuencia no fue otra que la formación de un gobierno doble: por un lado las instituciones madisonianas que formalmente ostentan la titularidad formal del poder ante el público americano; y por otro lado el entramado burocrático del sistema de seguridad nacional compuesto por las fuerzas armadas, las agencias de inteligencia y el cuerpo diplomático⁷⁹.

Aunque EE.UU. sigue siendo formalmente una república constitucional con un gobierno representativo, los cambios que operaron a nivel organizativo y estructural supusieron que la naturaleza de dicho sistema fuese cambiada a nivel fáctico al quedar bajo la influencia de las principales instituciones a cargo de la seguridad nacional, es decir, estructuras y funcionarios no electos. De esta forma se produjo una transferencia de poder de las instituciones representativas, como el Congreso y la Presidencia, a la red de altos mandos militares, directores de las agencias de inteligencia, jefes del cuerpo diplomático, consejeros de seguridad nacional, etc., que realmente dirigen la política de este país⁸⁰.

Así pues, EE.UU. ha atravesado un proceso de transformaciones profundas a nivel interno en los que el proceso decisorio se ha centralizado en instancias que operan de forma autónoma, y que por tanto escapan de la influencia de la sociedad y de sus representantes. Juntamente con esto, la justificación de la existencia del complejo militar-industrial ante la supuesta amenaza soviética contribuyó a hacer irreversibles los cambios llevados

⁷⁸ HOGAN, M. J., *A Cross of Iron: Harry S. Truman and the Origins of the National Security State, 1945-1954*, Nueva York, Cambridge University Press, 2014; STUART, D. T., *Creating the National Security State: A History of the Law that Transformed America*, Princeton, Princeton University Press, 2012.

⁷⁹ Tomamos la expresión de «gobierno doble» de GLENNON, M. J., *National Security and Double Government*, Nueva York, Oxford University Press, 2015. Cabe decir que Michael Glennon, a su vez, se inspira en BAGEHOT, W., *The English Constitution*, Sussex, Sussex Academic Press, 1997.

⁸⁰ GLENNON, M. J., *op. cit.* Véanse también MILLS, C. W., *La élite del poder*, México, Fondo de Cultura Económica, 1957; CARROLL, J., *La casa de la guerra. El Pentágono es quien manda*, Barcelona, Crítica, 2007.

a cabo. Todo esto, unido a la reorganización del espacio mediante la que el Estado maximizó la movilización de los recursos disponibles e implementó una asignación más eficiente de los mismos, moldeó la esfera doméstica de EE.UU. con el aumento de sus capacidades internas, lo que le permitió alcanzar el estatus de potencia global una vez finalizada la guerra y desarrollar así una política exterior acorde con su posición internacional.

5. CONCLUSIONES

Las presiones internacionales que EE.UU. ha recibido a lo largo de la historia han operado como un estímulo para la transformación de su esfera doméstica de cara a adaptarla a los sucesivos desafíos de la política mundial. En este sentido comprobamos, por un lado, que la vulnerabilidad y las amenazas exteriores contribuyeron a desencadenar una serie de cambios internos dirigidos a aumentar las capacidades nacionales. Transformaciones que incidieron directamente en el nivel del Estado, y más concretamente en sus estructuras internas, así como en su relación con la sociedad. Y, por otro lado, las repercusiones que estas transformaciones tuvieron en la organización del espacio interno para facilitar el acceso y posterior movilización de los recursos disponibles.

En el caso de EE.UU. comprobamos que el proceso de construcción nacional estuvo marcado por diferentes acontecimientos que afectaron decisivamente a su esfera doméstica, y que tenían su origen en el medio exterior. Este proceso transformó las instituciones federales y prepararon al país para convertirse finalmente en una potencia global. Esto fue posible en la medida en que estas transformaciones aumentaron la capacidad extractiva del Estado, lo que posteriormente le permitió desarrollar su poderío militar en la esfera internacional⁸¹.

En relación a lo anterior cabe decir que el realismo neoclásico destaca la importancia de la movilización de recursos para satisfacer las necesidades de seguridad del Estado, lo que tiene sus implicaciones no solo en la transformación de las instituciones, sino también en las relaciones entre el Estado y la sociedad⁸². Este enfoque es de gran valor en el plano analítico, pues sirve para dilucidar el modo en el que las presiones internacionales interactúan con los factores de la segunda imagen a la hora de explicar la política exterior estadounidense, lo que para el periodo comprendido entre 1787 y 1945 ilustra la tendencia expansionista de este país. Sin embargo, el realismo neoclá-

⁸¹ La relación entre la construcción del Estado y la emergencia y declive de grandes potencias es algo estudiado desde la perspectiva del realismo neoclásico en TALIAFERRO, J. W., «State Building for Future Wars: Neoclassical Realism and the Resource-Extractive State», *Security Studies*, vol. 15, 2006, núm. 3, pp. 464-495.

⁸² Sobre esto consultar SCHWELLER, R. L., «Neoclassical Realism and State Mobilization: Expansionist Ideology in the Age of Mass Politics», en LOBELL, S. E., RIPSAN, N. M. y TALIAFERRO, J. W. (eds.), *Neoclassical Realism, the State, and Foreign Policy*, Nueva York, Cambridge University Press, 2009, pp. 227-250.

sico no profundiza en sus análisis sobre el efecto que las presiones exteriores ejercen en el moldeamiento de la esfera doméstica del Estado, y cómo los cambios que estas inducen tienen su reflejo en la organización del espacio.

El enfoque geopolítico aquí aplicado muestra cómo el proceso de construcción nacional de EE.UU. fue impulsado en gran medida por las amenazas exteriores que la naciente república tuvo que enfrentar, y cómo esto se reflejó en la organización del espacio. De esta forma EE.UU. pasó a tener acceso a los recursos presentes a nivel local para movilizarlos e incrementar sus capacidades nacionales. La creación de infraestructuras como carreteras, canales, líneas ferroviarias, así como la formación de ciudades, urbanizaciones, o la articulación de corredores de comunicaciones, incrementaron el poder del Estado tanto a nivel interno, frente a su sociedad, como a nivel externo frente a rivales internacionales. Esto último es lo que explica la evolución histórica de la política exterior de esta nación en la medida en que progresivamente se hizo más agresiva, lo que guarda correlación con el aumento de sus capacidades nacionales gracias a una nueva ordenación de su espacio interno.

Así pues, el proceso de concentración del poder que se produjo en EE.UU. como consecuencia de las presiones del medio internacional moldeó la esfera doméstica hasta el punto de transformar la constitución interna de este país. La transferencia del poder de los Estados al gobierno federal, posteriormente del Congreso a la Presidencia y, finalmente, de la Presidencia a la burocracia del complejo de seguridad nacional es un claro reflejo de esto, lo que vino acompañado, asimismo, de importantes cambios en la organización del espacio. La Constitución de 1787, la Guerra de 1812, la etapa colonialista y la Segunda Guerra Mundial fueron diferentes momentos de este proceso que, a través del fortalecimiento del Estado, también moldearon la política exterior de esta nación al dotarle de las capacidades necesarias para llegar a ser una potencia global.

RESUMEN

LA CONSTRUCCIÓN DE UNA POTENCIA GLOBAL: LA INFLUENCIA DE LA COMPETICIÓN GEOPOLÍTICA INTERNACIONAL EN LA TRANSFORMACIÓN DE LA ESFERA DOMÉSTICA DE ESTADOS UNIDOS

El realismo neoclásico y el realismo estructural ofrecen diferentes explicaciones del auge de EE.UU. como potencia global. Sin embargo, estas aproximaciones pasan por alto la influencia de la competición geopolítica internacional en las estructuras políticas de los Estados y cómo afectan a su política exterior. En este artículo analizamos el papel de las presiones externas en el moldeamiento de la esfera doméstica de EE.UU. para explicar cómo se convirtió en una potencia global. Para llevar a cabo esta tarea recurrimos a la geopolítica y tratamos el modo en el que el medio internacional plantea desafíos que los Estados afrontan mediante la reorganización de su espacio e instituciones para aumentar sus capacidades nacionales. De esta manera estudiamos varios momentos decisivos en la historia de EE.UU. para comprobar cómo moldearon su esfera interna y contribuyeron a convertir a este país en una potencia global.

Palabras clave: potencia global, geopolítica, esfera doméstica, política exterior, realismo neoclásico, realismo estructural.

ABSTRACT

THE CONSTRUCTION OF A GLOBAL POWER: THE INFLUENCE OF INTERNATIONAL GEOPOLITICAL COMPETITION ON SHAPING THE DOMESTIC SPHERE OF THE UNITED STATES

Neoclassical realism and structural realism provide different explanations about the rise of the United States as a global power. However, these approaches overlook the influence of international geopolitical competition on the internal political structures of States and how they affect their foreign policy. In this paper, we analyze the role of external pressures in shaping the United States' domestic sphere to explain how it became a global power. To do so, we resort to geopolitics and discuss how the international environment poses challenges, and States confront them by reorganizing their space and institutions in order to increase their national capabilities. In this way, we study several decisive moments in US history to see how they shaped its domestic realm and contributed to make this country a global power.

Keywords: global power, geopolitics, domestic sphere, foreign policy, neoclassical realism, structural realism.

II. FOROS

Coordinación a cargo de
Montserrat ABAD CASTELOS
(Derecho Internacional Público)
Joaquín ALCAIDE FERNÁNDEZ
(Derecho Internacional Público)
Miguel GARDEÑES SANTIAGO
(Derecho Internacional Privado)

NOTA INTRODUCTORIA *INTRODUCTORY NOTE*

Montserrat ABAD CASTELOS, Joaquín ALCAIDE FERNÁNDEZ
y Miguel GARDEÑES SANTIAGO

Como ya se ha expresado antes, a raíz de la excelente respuesta dada al llamamiento a la presentación de contribuciones para dedicar una sección monográfica de la *Revista* a la «Migración y asilo: análisis y perspectivas» en el presente núm. 2021-2, fueron tantas y tan buenas las propuestas recibidas, que el Consejo de la Revista decidió dedicar a su tratamiento dos números monográficos en vez de solo uno, a diferencia de lo que estaba originalmente programado, a fin de aprovechar debidamente todo ese potencial de conocimiento. Pero, desafortunadamente, ni incluso contando con dos números de la *Revista* era fácil dar cabida a todos los textos que habrían de resultar de esas valiosas propuestas recibidas. En efecto, la selección fue una tarea ardua y, a la hora de planificar cómo debían canalizarse las aportaciones seleccionadas, se comprobó que sería imposible publicar todas como artículos o comentarios extensos («Estudios»). Por ello, y dado también que hubiera sido de lamentar que algunas de esas voces autorizadas no pudieran tener su espacio, el Consejo vio que el sitio idóneo para ubicar algunas de esas contribuciones era el «Foro». Incluso contribuciones que pudieran publicarse en la sección de la «Práctica española de Derecho internacional» se han reconducido a la sección de «Foro». De ahí que, al acogerse esta vez un objeto múltiple, en coherencia con ello también se ha expandido el número de profesores encargados de la coordinación. El Consejo estaba convencido de que con esa decisión se podría fomentar además la interrelación de los planteamientos, ya que la esencia de esta sección es precisamente el acercamiento plural a un mismo tema, mostrando distintas tesis, fijándose sobre diferentes aspectos o reuniendo visiones complementarias y útiles, gracias al diálogo mantenido durante su elaboración para asegurar el deseable ensamblaje entre las distintas aproximaciones, evitando solapamientos. Es cierto que, si bien las contribuciones son realizadas por especialistas en la materia, que se aproximan a

cada objeto de manera rigurosa y plantean conclusiones de interés científico, al final no se ha generado un auténtico debate entre opiniones divergentes (en general, no se van a encontrar discrepancias doctrinales entre los autores de estas páginas, lo cual también hubiera sido sin duda interesante); pero es fácil adivinar el motivo de esa ausencia de desacuerdo, por ejemplo, a saber: o bien se analizan las fortalezas y las debilidades de las interpretaciones judiciales del TEDH y del Tribunal Constitucional español acerca de las llamadas «devoluciones en caliente», particularmente se asume la crítica generalizada al aval judicial de esa práctica en términos del disfrute de derechos y libertades fundamentales; o bien se señala generalizadamente la evidencia de que el marco normativo universal del refugio y el asilo es anacrónico e inapropiado, y aun con un Pacto global reciente, resulta insuficiente para afrontar los acuciantes desplazamientos por causas medioambientales. Y, consiguientemente, también hay un lógico acuerdo al considerar las implicaciones y derivadas principales de aquellas debilidades y de esa evidencia. Debe destacarse, no obstante, que estos textos contienen la riqueza que se origina, junto a la de cada análisis individual, a partir de sus puntos de convergencia, de los paralelismos en las realidades examinadas, así como de los distintos enfoques aportados.

Por consiguiente, tras la selección de las fundadas y bien argumentadas propuestas sobre distintos temas en perfecto encaje con descriptores indicativos que habían figurado en el llamamiento (las recientes decisiones judiciales relativas a las «devoluciones en caliente», los desplazamientos por causas climáticas y la inadecuación normativa, y el Derecho antidiscriminatorio) se consensuaron las distintas cuestiones y ángulos concretos a analizar, y su reparto. Debe indicarse que, debido al número y a la riqueza de las propuestas recibidas particularmente en relación con el tema de los desplazamientos por causas climáticas y la inadecuación normativa, el Consejo creyó conveniente que el Foro sobre ese tema se dividiera en dos partes, articulando las contribuciones en torno a dos bloques temáticos desde el punto de vista material y siendo objeto de publicación en los dos sucesivos números monográficos: en este sentido, la necesidad de buscar respuestas adecuadas a los desplazamientos por causas climáticas se divide entre las respuestas, por una parte, en el ámbito universal y en el ámbito latinoamericano, que se publica en este número, y, por otro, desde la Unión Europea, que se publicará en el núm. 2022-1.

En definitiva, tras la siguiente fase del proceso, el resultado es el siguiente. En primer lugar, conforme particularmente al descriptor indicativo núm. 11 (Derecho Internacional de los Derechos Humanos, crisis migratoria y refugiados), y bajo el encabezamiento «Las “devoluciones en caliente”: jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional», se analizan la sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el asunto *N. D. y N. T. c. España*, núms. 8675/15 y 8697/15, de 13 de febrero de 2020, dictada tras el recurso presentado contra la sentencia del TEDH de 3 de octubre de 2017, y la senten-

cia del Tribunal Constitucional español 172/2020, de 19 de noviembre (TCE), sobre el recurso de inconstitucionalidad núm. 2896-2015 contra ciertas disposiciones de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, cuya disposición final primera introduce la disposición adicional décima en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social («Régimen especial de Ceuta y Melilla»). En este Foro se publican tres contribuciones: «Sombras, y algunas luces, en las sentencias de la Gran Sala del TEDH y del TCE de 2020 sobre expulsiones sumarias en frontera: ¿Aval judicial a un derecho de excepción permanente en materia de protección internacional de personas?», por el Dr. Félix Vacas Fernández; «El abuso de derecho en la justificación jurisprudencial del “Rechazo en frontera”. Análisis de la STC 172/2020, de 19 de noviembre, y de la STEDH, de 13 de febrero de 2020, *N. D. y N. T. c. España*», por la Dra. Teresa Acosta Penco; y «Las devoluciones en caliente y el derecho a la defensa del extranjero en frontera: ¿quebrantamiento de un derecho fundamental?», por la Dra. Susana Cuadrón Ambite.

Partiendo de la distinción que la legislación y práctica española acoge entre el procedimiento de retorno o regreso de los extranjeros a quienes se deniega la entrada en territorio español, de un lado, y, de otro, el procedimiento de devolución de quienes entran irregularmente (o de expulsión si la estancia irregular es prolongada), y teniendo en cuenta el «Régimen especial de Ceuta y Melilla» (al que oficialmente se alude como «rechazo en frontera», pero que coloquialmente es conocido como «devolución en caliente»), los autores coinciden en valorar positivamente que el TEDH haya precisado el alcance de la prohibición de las expulsiones colectivas (art. 4 del Protocolo adicional núm. 4 al Convenio Europeo de Derechos Humanos) y de la «jurisdicción» de los Estados, y que en este último sentido, como igualmente hace el Tribunal Constitucional, haya perfilado el alcance de la noción de «frontera». Pero también coinciden en criticar la relativización de las devoluciones o expulsiones colectivas a través del uso de la «doctrina de la conducta culpable», caracterizada con base en conceptos abstractos y jurídicamente indeterminados (como señala el Dr. Vacas), que no es otra cosa que acudir al abuso de derecho como argumento subyacente para legitimar jurisprudencialmente ese régimen (Dra. Aguado), y en particular la puesta en cuestión del derecho a la tutela judicial efectiva de los inmigrantes (Dra. Cuadrón). Igualmente, se ponen de manifiesto las distintas consecuencias prácticas que conllevan el procedimiento de devolución (o expulsión) y el procedimiento de retorno, y la falta de atención por el TEDH y el Tribunal Constitucional a la particular consideración que se debe presumir de la conducta (no culpable) de los solicitantes de protección internacional.

En segundo lugar, en el marco de otro de los descriptores indicativos que habían figurado en el llamamiento (descriptor núm. 9, «Cambio climático y migraciones/movilidad de personas»), se seleccionaron los resúmenes que anunciaron cinco meritorias contribuciones (una de ellas firmada por dos investigadoras en coautoría) que se agrupan en un Foro bajo el encabezamiento

«¿Entre migración y refugio?: desplazamientos por causas climáticas e inadecuación normativa». Podríamos comenzar trayendo datos y valoraciones de muy diversa procedencia, tanto gubernamental como no gubernamental, que coinciden en alertar sobre la dramática incidencia de la situación actual, de crisis ecológica global y emergencia climática, en los desplazamientos de muchas personas. Pero baste con citar ahora las advertencias que hacía el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, D. Boyd, en su Informe de 2019 dedicado en particular al cambio climático. Allí, además de poner de relieve cómo comunidades enteras «han sido o están siendo reasentadas debido al aumento del nivel del mar, la erosión costera, las marejadas ciclónicas, la salinización y otros efectos del cambio climático» (como Vunidogoloa —Fiji—, Nuatambu, Nusa Hope y Taro —Islas Salomón— y Shishmaref, Kivalina, Newtok e Isle de Jean Charles —Estados Unidos—), aportaba estimaciones según las cuales, «para 2050, los efectos del cambio climático podrían haber provocado el desplazamiento de 150 millones de personas o más debido a fenómenos meteorológicos extremos, fenómenos de evolución lenta, como el aumento del nivel del mar y la desertificación, la reubicación desde zonas de riesgo elevado (como las llanuras aluviales) y conflictos por los recursos escasos». Asimismo, también para 2050, cuatro millones de personas y aproximadamente el 70 por 100 de la infraestructura del Ártico se verán amenazados por el deshielo del permafrost, y más a largo plazo, «Estados enteros corren el riesgo de quedar inhabitables, como Kiribati, Maldivas y Tuvalu»¹. Como se ha mencionado, las contribuciones seleccionadas se articulan en dos bloques temáticos. En el presente número se publica la Parte I, en la cual se aborda «La necesidad de buscar respuestas adecuadas en el ámbito universal y en ciertos espacios regionales», y que se integra por las tres contribuciones siguientes: «Estados que se hunden: ¿Qué soluciones ofrece el Derecho internacional a los migrantes climáticos que abandonan los territorios afectados por la elevación del nivel del mar?», por la Dra. Natalia Ochoa; «El principio de no devolución en tiempos de emergencia climática: una revisión necesaria para la protección del refugio y el asilo climático», por las Dras. Susana Borràs y Paola Villavicencio-Calzadilla; y, por último, «La protección regional de los migrantes climáticos», por el Dr. Justo Corti. A su vez, en el próximo núm. 2022-1 saldrá a la luz la Parte II de este «Foro», titulada «La necesidad de buscar respuestas adecuadas desde la UE», que estará compuesta por las dos contribuciones siguientes: «La necesidad de un acción normativa por parte de la Unión Europea en materia de protección de desplazados medioambientales transfronterizos», por la Dra. Gloria Fernández Arribas, y «El visado climático europeo como instrumento de protección jurídica para las personas migrantes climáticas», por la Dra. Beatriz Felipe. En consecuencia, solo se encuentran en este ejemplar las tres contribuciones iniciales indicadas, y habrá que esperar al próximo para poder leer las otras dos. Las tres que se recogen aquí se centran,

¹ Doc. A/74/161, párr. 10.

según lo adelantado, en el ámbito universal y en el regional latinoamericano. En primer lugar, la Profesora Ochoa examina el tema de los Estados que se hunden y las soluciones que puede ofrecer el Derecho internacional a quienes abandonan sus territorios. Un problema que se ramifica a su vez en otros que tienen una indudable dimensión jurídica, como el alcance del principio de no devolución, la cuestión del reasentamiento, la nacionalidad o la apatridia. Su conclusión afirma la inadecuación del Derecho internacional vigente y la necesidad de buscar otras soluciones, aun siendo consciente del peso de los factores políticos en este ámbito. En segundo lugar, las Profesoras Susana Borràs y Paola Villavicencio-Calzadilla entran de lleno en el estudio del principio de no devolución, analizando la decisión del CDH sobre el caso *Teitiota c. Nueva Zelanda* y sus implicaciones. Una de estas es que esta resolución puede ser asumida como un significativo asidero para proponer la revisión del *non-refoulement*, y en definitiva también del marco conceptual del refugio, a fin de que pueda alcanzar la protección del refugio y asilo climático. A partir de aquí hay además cabida para más fundamentos jurídicos a fin de defender ante todo lo que más importa (o debe importar), en definitiva: «la vida» de los seres humanos. Y, en tercer lugar, finalmente, el Profesor Justo Corti estudia la protección regional de los migrantes climáticos sobre todo en un espacio regional concreto. Partiendo de la consabida definición ampliada de algunos instrumentos regionales, se centra en la protección subsidiaria y el principio de no devolución en el contexto latinoamericano, poniendo de relieve los avances producidos de manera reciente, tanto en virtud de las iniciativas de diversos Estados como de dos nuevos instrumentos de *soft law* en el plano internacional de este entorno. Su análisis le lleva a estimar de forma positiva la relevancia de estos pasos y, por ende, también a ponderar que podríamos estar ante una nueva costumbre regional emergente.

Por último, en el marco de este número monográfico dedicado a las migraciones y al asilo, se ha considerado oportuno analizar la posible incidencia del Derecho antidiscriminatorio en el contexto de tales migraciones, para destacar algunas especificidades o problemas particulares que puedan plantearse, y sobre todo para tener en cuenta si en el marco de las migraciones pueden producirse situaciones de vulnerabilidad o exposición a trato discriminatorio, y las respuestas que el ordenamiento jurídico pueda dar al respecto.

Para ello, contamos con dos contribuciones de interés. La primera de ellas, a cargo de la Profesora Ruiz Sutil, trata de las migraciones y la discriminación por razón de género. En ella se analizan los diversos tipos de discriminación contra las mujeres que pueden darse en un contexto migratorio, tanto en el caso de las migraciones voluntarias como en el de las forzosas, y la insuficiente respuesta que, a su juicio, en ocasiones deriva de la normativa española de extranjería. Por ello, aboga por una adaptación de nuestras normas de extranjería y su adecuada coordinación con otras disposiciones de nuestro ordenamiento encaminadas a prevenir la discriminación y la violencia de género. Por su parte, la Profesora Ortiz Vidal se ocupa de las migraciones y los derechos laborales, centrándose en la violencia y acoso en el trabajo.

Tras constatar que las personas migrantes ocupan con frecuencia puestos de trabajo más expuestos a la violencia y al acoso, explica el nuevo concepto de violencia y acoso que deriva del Convenio núm. 190 de la OIT, de 2019, que incluye, junto a otras manifestaciones de violencia y acoso, la que se produzca por razón de género en el mundo del trabajo. Tras constatar la diferencia entre la noción de violencia y acoso que deriva del citado convenio y la actualmente existente en Derecho español, se pregunta hasta qué punto la nueva noción de violencia y acoso podría aplicarse en el Derecho español por la vía de las leyes de policía en el sentido del art. 9 del Reglamento Roma I, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. A su juicio, para ello sería necesario considerar que la nueva noción de violencia y acoso en el trabajo atiende no únicamente a la protección de los intereses individuales del trabajador o trabajadora, sino también a intereses públicos. Sin embargo, aun cuando esta condición se cumpliera, entiende que, mientras no se ratifique el convenio, la nueva noción de violencia y acoso en el trabajo no podría incorporarse al ordenamiento español. Ahora bien, a falta de dicha ratificación, se plantea la posibilidad de que la nueva noción que deriva del Convenio de la OIT pudiera introducirse en el ordenamiento español mediante una ley de policía o norma material imperativa de fuente de la Unión Europea, en la medida en que un acto del Derecho de la Unión adoptara dicho concepto, solución que, a su juicio, también resultaría apropiada.

En definitiva, nos hallamos ante una serie de trabajos que giran alrededor de temas de gran interés y actualidad, por lo que resulta del todo oportuno que accedan a este foro, en el marco del primero de los números monográficos dedicados a las migraciones y al asilo, aportando valiosas reflexiones.

**JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO
DE DERECHOS HUMANOS Y DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL/
*EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND SPANISH
CONSTITUTIONAL COURT CASE-LAW***

SOMBRAS, Y ALGUNAS LUCES, EN LAS SENTENCIAS
DE LA GRAN SALA DEL TEDH Y DEL TCE DE 2020 SOBRE
EXPULSIONES SUMARIAS EN FRONTERA:
¿AVAL JUDICIAL A UN *DERECHO DE EXCEPCIÓN
PERMANENTE* EN MATERIA DE PROTECCIÓN
INTERNACIONAL DE PERSONAS?

*SHADOWS, AND SOME LIGHTS, IN DECISIONS
OF THE GRAND CHAMBER OF THE ECHR
AND THE SPANISH CONSTITUTIONAL COURT IN
2020 ABOUT SUMMARY EXPULSIONS ON BORDER:
JUDICIAL ENDORSEMENT TO A PERMANENT RIGHT
OF EXCEPTION IN MATTERS OF INTERNATIONAL
PROTECTION OF PERSONS*

Félix VACAS FERNÁNDEZ*

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES GENERALES.—2. LUCES SOBRE EL ALCANCE DE LA PROHIBICIÓN DE LAS EXPULSIONES COLECTIVAS, LA JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL Y LA NOCIÓN DE FRONTERA.—3. LA OSCURA SOMBRA DE LA RELATIVIZACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE DEVOLUCIONES COLECTIVAS A TRAVÉS DEL USO DE LA *DOCTRINA DE LA CONDUCTA CULPABLE*.—4. CONSIDERACIONES FINALES.

* Profesor Titular de Derecho Internacional Público de la Universidad Carlos III de Madrid (fvacas@der-pu.uc3m.es).

1. CONSIDERACIONES GENERALES

La Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el asunto *N. D. y N. T. c. España*¹ y la del Tribunal Constitucional español (TCE) contra ciertas disposiciones de la *Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana*² —respecto a su DF 1.^a, que introduce la DA 10.^a en la *Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España*—, en una lectura rápida de sus fallos, que desestiman los recursos contra la posición de España favorable al, por utilizar la expresión de la ley, «rechazo en frontera», conllevan un aval jurídico de dicha práctica.

Sin embargo, una lectura más profunda abre al menos dos niveles de consideraciones, que trataremos de analizar —aunque, debido a los límites del artículo, de forma breve—: de un lado, iluminan algunas de las dudas planteadas por los Estados; aunque, de otro, introducen sombras inquietantes que hay que desvelar y confrontar. Y es que, siguiendo a Hannah Arendt, «el Derecho es lucha por los derechos, por el derecho a tener derechos», y este es uno de los campos de batalla más encarnizados —y no solo en sentido figurado, desgraciadamente— de nuestro tiempo.

2. LUCES SOBRE EL ALCANCE DE LA PROHIBICIÓN DE LAS EXPULSIONES COLECTIVAS, LA JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL Y LA NOCIÓN DE FRONTERA

En su sentencia el TEDH, además de reiterar su jurisprudencia en materia de prohibición de expulsiones colectivas, aborda por primera vez la aplicabilidad del art. 4 del Protocolo núm. 4 (art. 4 PA4) a la devolución inmediata y forzosa de extranjeros desde una frontera terrestre, de ahí la importancia de sus considerandos, que, por su rotunda claridad, reproduciré.

Así, respecto al *alcance de la prohibición de las expulsiones colectivas*, el TEDH afirma que la misma «incluye la protección de los demandantes de asilo tanto en los casos de inadmisión como de rechazo en la frontera» (§ 178) y que, en consecuencia, la «inadmisión» de un refugiado ha de equipararse fundamentalmente a su «devolución»; por lo que «el mero hecho de que un Estado se niegue a admitir en su territorio a un extranjero que se encuentre dentro de su jurisdicción no exime a ese Estado de sus obligaciones para con dicho extranjero sujetas a la prohibición de devolución de refugiados», lo que «se refiere a la expulsión tanto de los extranjeros que se encuentran legalmente como de los que se encuentran ilegalmente en el territorio del Estado» (§ 181).

¹ STEDH, Gran Sala, asunto *N. D. y N. T. c. España*, núms. 8675/15 y 8697/15, de 13 de febrero de 2020.

² STC 172/2020, de 19 de noviembre, *sobre el recurso de inconstitucionalidad núm. 2896-2015 contra ciertas disposiciones de la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana*.

Y es que la protección del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) «no puede depender de consideraciones formales tales como si las personas que requieren protección fueron admitidas en el territorio de un Estado contratante de conformidad con una disposición específica de la legislación nacional o europea aplicable a esa situación concreta» (§ 184). En consecuencia, «el art. 3 del Convenio y el art. 4 del Protocolo núm. 4 se aplican a cualquier situación que entre en el ámbito de jurisdicción de un Estado contratante, incluidas aquellas situaciones o periodos de tiempo en los que las autoridades del Estado interesado todavía no han evaluado la existencia de motivos que den derecho a los afectados a reclamar protección en virtud de dichas disposiciones» (§ 186), reiterando así su jurisprudencia y confirmando que «no existe razón alguna para adoptar una interpretación diferente del término “expulsión” en relación con los traslados forzados del territorio de un Estado en el contexto del intento de cruzar una frontera nacional por vía terrestre» (§ 187).

También es importante referir —frente a argumentos de los Estados como el «efecto llamada»— las consideraciones reiteradas en la sentencia sobre la garantía efectiva de los derechos humanos sin que las circunstancias pueden justificar la violación de los mismos: «el Convenio tiene por objeto garantizar derechos prácticos y efectivos, no teóricos o ilusorios», por tanto, «la normativa interna que regula los controles fronterizos no pueden hacer inoperantes o ineficaces los derechos garantizados por el Convenio y sus Protocolos» (§ 171). Y que «los problemas a los que los Estados se deben enfrentar en la gestión de flujos migratorios o en la recepción de demandantes de asilo no pueden justificar la utilización de prácticas incompatibles con el Convenio o sus Protocolos» (§ 170).

Finalmente, cabe destacar la jurisprudencia fijada en ambas sentencias en relación con *qué debe entenderse por frontera y a la aplicación de su jurisdicción en relación con las entradas irregulares de migrantes a través de una frontera terrestre*; de especial interés al ser la primera vez que ambos tribunales se pronuncian sobre ello. Así, el TEDH afirmará que «la existencia de una valla situada a cierta distancia de la frontera no autoriza a un Estado a excluir, modificar o limitar unilateralmente su jurisdicción territorial, que comienza en la línea fronteriza»; concluyendo que «la naturaleza específica del contexto migratorio no puede justificar un ámbito de ilegalidad en el que los individuos no estén amparados por un sistema jurídico que les permita disfrutar de los derechos y garantías previstos en el Convenio, que los Estados se han comprometido a asegurar a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción [...]. Cualquier otra conclusión equivaldría a privar de sentido a la noción de protección efectiva de los derechos humanos que inspira todo el Convenio» (§§ 109 y 110).

En el mismo sentido, el TCE en el FJ 8.C) de su sentencia dirá: «Resulta evidente que el acceso o la entrada en el territorio español se realiza cuando se han traspasado los límites fronterizos fijados internacionalmente, e igualmente, que los puestos fronterizos y los elementos de contención (vallas, mu-

ros o barreras) se ubican y construyen sobre el territorio español. No existe cobertura legal para operar con un concepto de frontera que pueda ser establecido de forma discrecional por la administración española, aunque sea a los meros efectos de determinar la aplicación de la legislación en materia de extranjería; entre otras razones, porque se pondría en riesgo el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE)».

Mientras que por lo que al ejercicio de la jurisdicción se refiere, dirá, en línea con el TEDH, que «lo relevante desde la perspectiva del sometimiento de la actuación de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE) es que, como hemos declarado, estamos ante una actividad de las autoridades y funcionarios españoles [...]. Esto significa que los extranjeros aprehendidos, al intentar superar los elementos de contención, pasan a estar bajo el control y jurisdicción de los miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad y, por tanto, del Estado español».

3. LA OSCURA SOMBRA DE LA RELATIVIZACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE DEVOLUCIONES COLECTIVAS A TRAVÉS DEL USO DE LA DOCTRINA DE LA CONDUCTA CULPABLE

A partir del § 199, sin embargo, el TEDH comienza su repliegue, construyendo el argumento que acabará por justificar su decisión de absolver al Estado, y, lo que es más preocupante, de legitimar la política de expulsiones sumarias en frontera llevada a cabo por España; pero también, lo que en absoluto resulta baladí, por otros países europeos y por la propia FRONTEX. Y lo hace elaborando una teoría general basada en una doble relativización del art. 4 PA4.

En primer lugar, utiliza términos abstractos que no define: «Los requisitos de dicha disposición pueden cumplirse cuando cada extranjero tiene una posibilidad real y efectiva de presentar alegaciones en contra de su expulsión, y cuando dichas alegaciones son adecuadamente evaluadas por las autoridades del Estado demandado» (§ 199). El Tribunal pareciera establecer un *test de efectividad*, pero sin aclarar sus criterios: ¿qué se entiende por *posibilidad real y efectiva* de presentar alegaciones? ¿Qué por *adecuadamente evaluadas* por las autoridades del Estado? Al no hacerlo, pero reservarse la decisión sobre ello, puede caer en la arbitrariedad que dice condenar.

A partir de ahí, el Tribunal introduce un segundo elemento relativizador: *la conducta de la persona expulsada*. Así, recordará su posición de que «la falta de cooperación activa respecto al procedimiento disponible para evaluar individualmente las circunstancias de los demandantes llevó al Tribunal a considerar que el Gobierno no podía ser considerado responsable de que no se llevara a cabo dicha evaluación» (§ 200). Para concluir que «el mismo principio debe aplicarse igualmente a aquellas situaciones en las que la conducta de aquellos que cruzan una frontera terrestre sin autorización, se aprovechan

deliberadamente de su gran número y utilizan la fuerza, es tal que crea una situación claramente perturbadora, difícil de controlar y que pone en peligro la seguridad pública» (§ 201).

Ello conduce al Tribunal a realizar un análisis caso por caso para determinar si ha habido o no violación del art. 4 PA4, despojando de protección absoluta a los derechos en él protegidos y aplicando para ello un test de efectividad cuyos criterios desconocemos. Así, en primer lugar, tendrá en cuenta «si, en las circunstancias del caso concreto, el Estado demandado proporcionó un acceso auténtico y efectivo a los medios legales de entrada, en particular procedimientos en la frontera». Para, en segundo lugar, si concluye que sí existía una *posibilidad real y efectiva de presentar alegaciones* —sea lo que sea lo que eso signifique—, cambiar la carga de la prueba y acabar evaluando la conducta de la persona expulsada para ver «si existen razones de peso para no hacerlo basadas en hechos objetivos de los que el Estado demandado sea responsable» (§ 201). Estableciendo en ambos momentos, eso sí, una muy fuerte presunción —por más que, en principio y aparentemente, *iuris tantum*— en favor del Estado, lo que acaba convirtiendo a esa conducta de la persona en una verdadera *probatio diabolica* de imposible realización.

Así, el Tribunal realizará ese doble análisis en el caso que nos ocupa, concluyendo, en relación con lo primero que «la legislación española ofrecía a los demandantes varias posibilidades para solicitar la admisión en el territorio nacional, ya fuera mediante la solicitud de un visado o mediante la solicitud de protección internacional, en particular en el puesto fronterizo de Beni Enzar, pero también en las representaciones diplomáticas y consulares de España en sus países de origen o tránsito, o incluso en Marruecos»³ (§ 212). Mientras que, respecto a si los migrantes tenían «motivos de peso para no valerse de estos procedimientos fronterizos en el puesto fronterizo de Beni Enzar» y, a pesar de los informes presentados por instituciones internacionales en los que «se cita el perfil racial o un riguroso control de pasaportes en el lado marroquí», el Tribunal concluirá que «ninguno de estos informes sugiere que el Gobierno español fuera de alguna manera responsable de este estado de cosas» (§ 218). En consecuencia, el Tribunal concluirá que «no está convencido de que el Estado demandado no haya proporcionado un acceso real y efectivo a los procedimientos de entrada legal en España, en particular mediante una solicitud de protección internacional en el puesto fronterizo de Beni Enzar, así como de que los demandantes tuvieran motivos de peso basados en hechos objetivos de los que era responsable el Estado demandado para no hacer uso de dichos procedimientos» (§ 229).

Y es que, como vemos, al Tribunal le basta con que el Estado tenga establecidos *formalmente* procedimientos teóricamente dirigidos a tal fin; sin importar que en la práctica no puedan ser utilizados por las personas o que,

³ Para un contundente rechazo de tales afirmaciones, véase SÁNCHEZ LEGIDO, A., «Las devoluciones en caliente españolas ante el Tribunal de Estrasburgo: ¿Apuntalando los muros de la Europa fortaleza?», *REDI*, vol. 72, 2020, núm. 2, pp. 254-255.

pudiéndolo ser, la respuesta sea siempre negativa, lo que en la realidad de los hechos lleva a los migrantes a no utilizarlos y a tener que arriesgar su integridad física, y hasta su vida, para acceder a territorio español más allá del entramado de verjas situadas en la parte española de la zona fronteriza, *única manera de poder solicitar de manera verdaderamente real y efectiva protección internacional*.

Pero es que, además, al introducir de este modo la *doctrina de la conducta culpable*, el Tribunal cambia el foco de atención del Estado a las personas cuyos derechos está llamado a proteger. Esa protección consiste, ni más ni menos, en decidir si el principio de no devolución, que en reiterada y sostenida jurisprudencia del propio Tribunal, es considerado como una obligación absoluta en relación con los arts. 2 —derecho a la vida— y 3 —prohibición de la tortura— del CEDH, fue respetado o no por el Estado; y no lo pudo ser, pues para ello es imprescindible un análisis individualizado de cada caso antes de proceder a la devolución de las personas, cosa que, como el propio Tribunal reconoce, y por propia definición, en las expulsiones sumarias no se hace. Ante ello, el Tribunal pone el foco en las personas y su comportamiento: es la criminalización de la víctima; a través, además, de una presunción de culpabilidad casi *iuris et de iure*, pues la prueba en contrario que se exige es diabólica.

Ello convierte la protección absoluta que ofrece el principio de no devolución en una, muy débil, protección relativa, condicionada al comportamiento de las personas a las que dicho principio está llamado a proteger. Con ello se condiciona el «derecho a tener derechos»⁴ de los migrantes que buscan protección a su conducta, despojándoles en la práctica de la titularidad sobre sus derechos como personas.

Por su parte, el TCE comienza afirmando: «El “rechazo en frontera”, en cuanto actuación realizada por autoridades y funcionarios públicos españoles, está sometido al estricto cumplimiento de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, además de tener que respetar, como expresamente señala el apartado segundo del precepto impugnado, la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional». Subrayando, además, que «los cuerpos y fuerzas de seguridad deberán prestar especial atención a las categorías de personas especialmente vulnerables» [FJ 8.C)]. Pero acaba por declarar la constitucionalidad de ese «nuevo régimen consistente en una actuación material», que es como, de manera harto criticable, define las expulsiones sumarias. Y lo hace condicionándolo a «una interpretación conforme» a lo exigido en la Constitución (CE) y, en concreto, a que se cumplan tres requisitos: *aplicación individualizada, pleno control judicial y cumplimiento de las obligaciones internacionales, en especial respecto a las personas especialmente vulnerables*.

⁴ DE LUCAS, J., *Mediterráneo: el naufragio de Europa*, Valencia, Tirant Humanidades, 2015; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A., *El derecho de los inmigrantes irregulares a tener derechos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

Y, claro, al igual que ocurriera con la sentencia del TEDH, el problema es que la teoría jurídica construida para sostener la legalidad de las expulsiones sumarias no casa, porque es imposible que lo haga, con la realidad en que consiste dicha «actuación material coactiva». Como explica en su voto particular la Magistrada María Luisa Balaguer, se trata de una argumentación paradójica e inaceptable, pues la misma actuación cuya constitucionalidad el propio TCE hace depender de una interpretación conforme condicionada a tres requisitos, no puede, por su propia esencia, cumplirlos. Y es que *la expulsión sumaria no es ningún procedimiento*, sino que consiste precisamente en *una vía de hecho que prescinde de todo procedimiento*, porque «la disposición impugnada, si algo hace imposible, es tanto el control judicial de las devoluciones, como la posibilidad de ajuste a los tratados internacionales sobre derechos humanos firmados y ratificados por España, que son parte de nuestro propio sistema de fuentes».

4. CONSIDERACIONES FINALES

Las sentencias referidas arrojan clara luz sobre algunas de las cuestiones hasta ellas debatidas en relación con las expulsiones sumarias, además de reiterar una jurisprudencia garantista ya asentada. ¿Cómo entonces ambas sentencias acaban por legitimar la actuación del Estado? Junto al plano jurídico ya referido, desde una perspectiva política el cómo se explica porque nos encontramos, a los ojos de los Estados europeos, ante un tema de relevancia capital para el éxito de su política migratoria: la práctica de devoluciones en caliente, como afirma Sánchez Legido, «representa la última barrera para impedir el acceso a los derechos y garantías que los Estados europeos han de respetar al inmigrante irregular»⁵.

De ahí el recurso para que fuese revisado el fallo de Sala por la Gran Sala; de ahí la personación en él de tres Estados —y no cualquiera, sino Francia, Italia y Bélgica— para apoyar a España, mostrando y ejercitando así una presión política que, al parecer, el TEDH no pudo resistir. De ahí, en fin, que acabara apartándose de la posición generalmente compartida por todas las instancias internacionales defensoras de derechos humanos, para legitimar la posición defendida por los Estados europeos.

Por todo ello, la sombra que ambas sentencias proyectan es oscura, alargada y muy inquietante. Oscura puesto que la *doctrina de la conducta culpable* supone vaciar de contenido tales derechos, impedir su vigencia real y efectiva. Alargada porque ¿qué impide que dicho requisito de *manos limpias*, no se extienda a otros derechos y a otros titulares? Muy inquietante, pues si se generalizara, transformaría de raíz toda la teoría de todos los derechos humanos de todos; mientras que si se aplica únicamente a un grupo de personas identificadas —las personas migrantes que cruzan irregularmente una

⁵ SÁNCHEZ LEGIDO, A., *op. cit.*, p. 238.

frontera—, es una muestra más, un síntoma más de que se está erigiendo, siguiendo a Agamben, un verdadero *estado de excepción*⁶ ¡permanente!, que reinterpreta el marco legal internacional establecido y vigente al condicionar el derecho a tener derechos de las personas migrantes a su previo comportamiento. Se trata, en palabras de Javier de Lucas, de «utilizar el Derecho contra los derechos»⁷.

Síntoma inquietante que se suma a los muchos que podemos identificar en los últimos años tanto a nivel nacional como internacional; aunque en esta ocasión, como en alguna otra en el pasado reciente —véase la decisión del TJUE en relación al Acuerdo con Turquía—, de una gravedad inusitada pues proviene ni más ni menos que de los propios tribunales creados para controlar a los Estados en la garantía y respeto de los derechos humanos. ¿Se están convirtiendo en meras instancias de legitimación jurídica de las políticas *sensibles* de los Estados?

Palabras clave: expulsiones sumarias, no devolución, Derecho migratorio, jurisdicción del TEDH y del Tribunal Constitucional, frontera.

Keywords: summary expulsions, non-refoulement, Migratory Law, ECHR and Constitutional Court jurisdiction, border.

⁶ AGAMBEN, G., *Estado de Excepción (homo sacer II, 1)*, Valencia, Pre-Textos, octubre de 2004.

⁷ DE LUCAS, J., «El Derecho contra los derechos. Un comentario a la sentencia *N. D. y N. T. c. España* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, vol. 27, 2020, pp. 84-96.

EL ABUSO DE DERECHO EN LA JUSTIFICACIÓN
JURISPRUDENCIAL DEL «RECHAZO EN FRONTERA».
ANÁLISIS DE LA STC 172/2020, DE 19 DE NOVIEMBRE,
Y DE LA STEDH, DE 13 DE FEBRERO DE 2020,
N. D. Y N. T. C. ESPAÑA

*ABUSE OF RIGHTS IN THE JURISPRUDENCE
JUSTIFICATION OF «BORDER REJECTION». ANALYSIS
OF THE DECISION 172/2020 (NOVEMBER 19TH)
OF THE SPANISH CONSTITUTIONAL COURT,
AND THE ECHR DECISION (FEBRUARY 13TH, 2020)
ON N. D. AND N. T. V. SPAIN*

Teresa ACOSTA PENCO*

SUMARIO: 1. ACLARACIONES PREVIAS. EL ORIGEN DEL RECHAZO EN FRONTERA.—2. EL ABUSO DE DERECHO COMO ARGUMENTO SUBYACENTE A LA LEGITIMACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL RECHAZO EN FRONTERA.—3. CRÍTICA A LA POSTURA DEL TEDH: LA INEXISTENCIA DE ABUSO DE DERECHO EN EL CASO DE LOS SOLICITANTES DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL.—4. CONSIDERACIONES FINALES.

1. ACLARACIONES PREVIAS. EL ORIGEN DEL RECHAZO EN FRONTERA

Hegel decía que: «Las verdaderas tragedias no resultan del enfrentamiento entre un derecho y una injusticia. Surgen del choque entre dos derechos». Durante la crisis migratoria, las fronteras exteriores de la Unión Europea se han convertido en el escenario de una contienda entre dos derechos: el derecho de todo Estado a determinar quién y cómo puede entrar en su territorio

* Profesora de Derecho Administrativo de la Universidad de Córdoba (ac. Contratada Doctora) (teresa.acosta@uco.es).

y los derechos humanos de los migrantes que pretenden acceder al territorio de un Estado. El resultado es de sobra conocido: una auténtica tragedia, en palabras de Hegel.

Antes de abordar los motivos que han llevado al TEDH [a través de su STEDH *N. D. y N. T. c. España* (GS), núms. 8675/15 y 8697/15, de 13 de febrero de 2020] y al Tribunal Constitucional (mediante la STC 172/2020, de 19 de noviembre) a justificar jurisprudencialmente las denominadas devoluciones en caliente, entendemos que es necesario analizar el origen de estas últimas. Ello permitirá conocer, e incluso quizá comprender, los motivos que subyacen a estos controvertidos pronunciamientos.

De conformidad con el Reglamento (UE) 2016/399, por el que se establece el Código de Fronteras Schengen (CFS), el control fronterizo llevado a cabo en las fronteras exteriores del Espacio Schengen se descompone en dos actividades diferentes: inspección y vigilancia. La primera es el instrumento habitual a disposición de los Estados miembros para canalizar, a través de los puestos fronterizos habilitados al efecto, la entrada «regular» de personas en el Espacio Schengen. Por su parte, la vigilancia tiene por finalidad impedir que las personas se sustraigan de las inspecciones fronterizas o, lo que es lo mismo, que entren irregularmente en el Espacio Schengen.

En relación con las inspecciones, si los nacionales de terceros Estados no cumplen los requisitos exigidos por la normativa vigente, se procederá a denegar su entrada. En el caso de España, el procedimiento de denegación de entrada o «procedimiento de retorno» viene regulado por los arts. 26 LOEx y 15 RLOEx. Lo que interesa a los efectos de este epígrafe es su ejecución, la cual viene regulada en el art. 60.1 LOEx. Este último dispone que: «Los extranjeros a los que en frontera se les deniegue la entrada [...], estarán obligados a regresar a su punto de origen». Aunque *a priori* pudiera parecer que la expresión «punto de origen» se refiere a país de origen, lo cierto es que una lectura sistemática de este precepto con el art. 15 RLOEx invita a pensar que se refiere al Estado del que partieron los extranjeros para llegar a la frontera española. En concreto, el art. 15.5 RLOEx dispone que, en caso de denegación de entrada, la compañía transportista se hará cargo del regreso del extranjero «al Estado a partir del cual haya sido transportado». Además, el RLOEx establece que el regreso tiene que efectuarse dentro del plazo de setenta y dos horas desde que se hubiese acordado. En caso de imposibilidad, «la autoridad gubernativa [...] se dirigirá al juez de instrucción para que determine, en su caso, el lugar donde haya de ser internado el extranjero, hasta que llegue el momento del regreso» (art. 15.3 RLOEx).

Sin embargo, durante la crisis migratoria el cauce habitual empleado por los migrantes para entrar en la Unión Europea no han sido los puestos fronterizos habilitados al efecto, sino el cruce de la línea fronteriza en cualquier sección de su trazado (marítimo o terrestre). En estos casos de entrada irregular es cuando entra en juego la actividad de vigilancia fronteriza, cuyo objeto es «impedir el cruce no autorizado de la frontera, [...] y adoptar medi-

das contra las personas que hayan cruzado la frontera ilegalmente» (art. 13 CFS). En el caso de España, hasta la entrada en vigor del Régimen Especial de Ceuta y Melilla, la única medida prevista por el ordenamiento jurídico frente a los cruces de frontera no autorizados en estas fronteras terrestres era el procedimiento de devolución [art. 58.3.b) LOEx]. Este tiene por finalidad restablecer la legalidad y expulsar del territorio español a las personas que, habiendo entrado en él de forma no autorizada, hayan sido «interceptados en la frontera o sus inmediaciones» [art. 23.1.b) RLOEx].

Para la ejecución de la orden de devolución, al contrario de lo que sucedía en el procedimiento de retorno, lo que la Administración deberá determinar en el plazo de setenta y dos horas (o bien durante el internamiento) es el país de origen del extranjero, no el Estado desde el que partió para llegar a España. Así se deduce del empleo de conceptos como «repatriación voluntaria» o de la necesidad de comunicar ciertas circunstancias del procedimiento «al representante diplomático o consular de su país». Esta circunstancia no es baladí, ya que implica un plus de dilación en el procedimiento de devolución respecto al de retorno, al tener que determinar el país de origen de cada uno de los migrantes interceptados. Dado que el plazo máximo de internamiento es de sesenta días (art. 246.3 RLOEx), en el caso de que sea imposible ejecutar la orden de devolución (por ejemplo, porque el extranjero en cuestión oculta su nacionalidad), este último quedará en libertad con una orden de salida obligatoria del país, aunque persista su situación irregular. El resultado es la existencia de un considerable número de personas en España sobre las que no se tiene constancia y que, además, pueden moverse libremente hacia otros Estados parte del Espacio Schengen.

En nuestra opinión, la dificultad de ejecución de las resoluciones de devolución, la presión migratoria y las consecuencias para el orden público y la seguridad del Espacio Schengen de movimientos secundarios de personas sin identificar fueron factores que llevaron a la búsqueda de una solución, distinta del procedimiento de devolución, para expulsar a los migrantes que habían entrado irregularmente en territorio español a través de las vallas de Ceuta y Melilla. Dicha solución consiste en una actuación material llevada a cabo por la Guardia Civil (cuerpo encargado de la vigilancia fronteriza) con la finalidad de restablecer la legalidad y que comporta una compulsión física sobre aquellas personas que consuman el intento de cruzar irregularmente la frontera para devolverlas a Marruecos. Pese a que durante años esta práctica careció de amparo legal, con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, las actuaciones descritas fueron «reguladas» e incorporadas a la LOEx bajo el título «Régimen especial de Ceuta y Melilla».

El Gobierno español fundamentó las devoluciones en caliente en el concepto de frontera operativa, según el cual «la jurisdicción española comienza únicamente cuando los migrantes han cruzado las tres vallas que conforman el sistema fronterizo y han traspasado la línea policial» (STEDH de 13 de febrero de 2020, apdo. 91). Desde un punto de vista jurídico ello supondría,

«a los solos efectos del régimen relativo a los extranjeros», la inaplicación del ordenamiento jurídico español hasta que no se ha superado la barrera de agentes encargados de la vigilancia de frontera. Esta es la diferencia respecto al procedimiento de devolución: se habilitó una fórmula que permitía devolver al extranjero que entrara irregularmente en territorio español sin aplicar las garantías procedimentales que contempla la LOEx.

2. EL ABUSO DE DERECHO COMO ARGUMENTO SUBYACENTE A LA LEGITIMACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL RECHAZO EN FRONTERA

Coincidimos con el Profesor Vacas Fernández en que una de las luces que aporta la STEDH de 13 de febrero de 2020 es zanjar el debate sobre qué debe entenderse por frontera, rechazando de plano las alegaciones del Gobierno español en relación con el concepto de frontera operativa. La Gran Sala rechazó admitir que España pudiera ejercer su jurisdicción en la valla de Melilla para el ejercicio de potestades de vigilancia pero, al mismo tiempo, pretendiera evitar que se aplicara la normativa de extranjería o de protección de los derechos humanos en ese mismo espacio (apdos. 107 y ss.). En la misma línea, el Tribunal Constitucional argumentó que «no existe cobertura legal para operar con un concepto de frontera que pueda ser establecido de forma discrecional por la administración española [...] entre otras razones, porque se pondría en riesgo el principio de seguridad jurídica» [FJ 8.C)].

Desechado el argumento del Gobierno español para justificar las devoluciones en caliente, todo parecía indicar que la Gran Sala iba a confirmar el pronunciamiento condenatorio que la Sala emitió contra España en la recurrida STEDH de 3 de octubre de 2017. Sin embargo, para sorpresa de gran parte de la doctrina científica, el TEDH ha aprovechado el recurso para legitimar, con ciertas condiciones, la expulsión de extranjeros de un Estado miembro sin una consideración individualizada de sus circunstancias. En concreto, el TEDH ha apelado a lo que el Profesor Vacas Fernández denomina «doctrina de la conducta culpable» para justificar las devoluciones en caliente; doctrina que, en nuestra opinión, no es más que el reflejo de la aplicación de la institución del abuso de derecho a los recurrentes.

Según la jurisprudencia española, uno de los requisitos esenciales para apreciar abuso de derecho es que, como consecuencia del ejercicio de un derecho subjetivo, se produzca un daño «inmoral o antisocial», lo cual ha sido interpretado en el sentido de exigir que el titular del derecho cuyo abuso se está valorando se gué por un motivo ilegítimo para ejercitarlo¹.

El TEDH ha determinado que «el fin del art. 4 del Protocolo núm. 4 es evitar que los Estados puedan expulsar a un determinado número de extranjeros sin examinar sus circunstancias personales y, por tanto, sin permitirles ex-

¹ ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., *Ilícitos atípicos*, Madrid, Trotta, 2000, pp. 34 y ss.

poner sus argumentos que se oponen a la medida adoptada por la autoridad competente» (*N. D. y N. T. c. España*, núms. 8675/15 y 8697/15, de 3 de octubre de 2017, apdo. 99). Por tanto, lo que late en el fondo de esta prohibición es, en parte, una protección de las garantías procedimentales inherentes al derecho subjetivo a un recurso judicial efectivo (art. 13 CEDH).

En lo que respecta a la ilegitimidad del ejercicio del citado derecho en el caso objeto de análisis, conviene traer a colación que los dos demandantes, tras ser devueltos a Marruecos, consiguieron entrar en España de manera irregular con posterioridad. Según la sentencia, N. D. fue devuelto a Malí a raíz de una orden de expulsión decretada en 2015 y N. T., también objeto de una orden de expulsión en noviembre de 2014, se encontraba en paradero desconocido en territorio español. Este dato del paradero de los demandantes, aparentemente sin trascendencia, es el ejemplo perfecto de la ventaja que obtienen los migrantes que no son solicitantes de protección internacional cuando entran irregularmente en España. En lugar de aplicárseles el procedimiento de retorno previsto para las denegaciones de entrada derivadas de una inspección realizada en un puesto fronterizo habilitado, cuya consecuencia es retornarlos al país desde el que han entrado (en este caso Marruecos), se les aplica un procedimiento de devolución (o expulsión, como en este caso, si la estancia irregular es prolongada) cuyo resultado es repatriarlos a su país de origen. Como demuestra el caso de N. T., los procedimientos de devolución y expulsión cuentan con el hándicap de que, si no se logra ejecutar la resolución de expulsión o devolución en sesenta días, el extranjero queda libre con una orden de expulsión. Si comparamos las consecuencias derivadas para el extranjero de la tramitación de un procedimiento u otro, se puede comprobar fácilmente que los segundos son mucho más beneficiosos para sus intereses.

En el caso *N. D. y N. T. c. España*, los demandantes pretendían que se condenara a España por devolverlos inmediatamente a Marruecos sin tener oportunidad de recurrir la decisión. Sin embargo, según el TEDH, la propia conducta de los demandantes es relevante para activar la protección del art. 4 del Protocolo núm. 4 CEDH (STEDH de 13 de febrero de 2020, apdo. 200), no desplegándose esta cuando se tiene la oportunidad de cruzar legalmente la frontera por *Beni Enzar* (y, por tanto, de que sus pretensiones de entrada sean consideradas y reconsideradas en el momento del cruce) y no se hace uso de ella (STEDH de 13 de febrero de 2020, apdo. 165). En estos casos, apunta el Tribunal, la ausencia de una decisión individualizada de expulsión y de vías para recurrirla se debe a la propia conducta del interesado (STEDH de 13 de febrero de 2020, apdo. 200).

A lo largo del fallo, el TEDH hace hincapié en que la vía regular de entrada en la Unión Europea son los puestos fronterizos habilitados, haciendo continuas referencias a la vulneración de la normativa de control fronterizo como consecuencia de la entrada no autorizada, en masa y mediando uso de la fuerza por parte de los demandantes. En nuestra opinión, lo que motivó el pronunciamiento de la Gran Sala TEDH fue su intención de no respaldar el comportamiento de aquellas personas que, entrando irregularmente en un

determinado Estado, exigen la existencia de garantías procedimentales frente a su expulsión para obtener un beneficio en la aplicación de la normativa de extranjería cuando dichas garantías son igualmente ejercitables sin necesidad de vulnerar la normativa de control fronterizo. En definitiva, aunque no lo indique explícitamente en su sentencia, lo que hace el Tribunal es aplicar una de las consecuencias naturales de la apreciación del abuso de derecho: privar al titular de su amparo.

3. CRÍTICA A LA POSTURA DEL TEDH: LA INEXISTENCIA DE ABUSO DE DERECHO EN EL CASO DE LOS SOLICITANTES DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL

Cabe preguntarse si la aplicación de las consecuencias del abuso de derecho resulta una solución jurisprudencial idónea para todas las personas que cruzan irregularmente la frontera, independientemente de su estatus jurídico. La afirmación del epígrafe anterior según la cual el bien jurídico protegido por la prohibición de expulsiones colectivas es, en última instancia, el derecho a un recurso efectivo es deliberadamente incompleta. De acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, el fin del art. 4 del Protocolo núm. 4 al CEDH es evitar que los Estados puedan expulsar a un determinado número de extranjeros sin examinar sus circunstancias personales y, por tanto, sin permitirles exponer sus argumentos que se oponen a la medida adoptada por la autoridad competente [*Hirsi Jamaa y otros c. Italia* (GS), núm. 27765/09, de 23 de febrero de 2012, apdo. 177]. Es decir, el bien jurídico protegido por el mencionado precepto es doble: el derecho a un recurso efectivo (que permitiría exponer los argumentos contrarios a la medida adoptada) y el principio de no devolución (que exigiría examinar las circunstancias personales). En efecto, el art. 4 del Protocolo núm. 4 al CEDH exige la existencia de garantías procedimentales para recurrir la resolución de expulsión pero, ante todo, exige que exista una resolución basada en las circunstancias personales del individuo objeto de la medida. Dicha exigencia deriva del indisociable vínculo que, a través de su jurisprudencia, ha creado el propio TEDH entre el art. 3 CEDH y el art. 4 del Protocolo núm. 4 al CEDH.

Teniendo en cuenta lo anterior, conviene preguntarse si, como parece desprenderse de la STEDH de 13 de febrero de 2020, es admisible que los solicitantes de protección internacional pierdan el derecho a una consideración individualizada de sus circunstancias por el hecho de entrar irregularmente en el territorio de un Estado. En nuestra opinión, esta consecuencia no es admisible porque no existe un fraude de la normativa de control fronterizo por parte de los solicitantes de protección internacional que cruzan irregularmente la valla de Melilla.

Al contrario que en el caso de los migrantes económicos, para los solicitantes de protección internacional la entrada irregular no conlleva la obtención de ningún beneficio jurídico, porque el propio ordenamiento ya prevé

su situación excepcional. Si bien es cierto que los que pretendan acogerse a la protección internacional también deben cruzar las fronteras exteriores por los puestos fronterizos habilitados (art. 5 CFS 2016), el art. 3 CFS 2016 dispone que el Reglamento «se aplicará a toda persona que cruce las fronteras interiores o exteriores de los Estados miembros, *pero no afectará [...] a los derechos de los refugiados y solicitantes de protección internacional, en particular en lo relativo a la no devolución*». En la misma línea, el art. 17.2 de la Ley de Asilo establece que «la entrada ilegal en territorio español no podrá ser sancionada cuando haya sido realizada por persona que reúna los requisitos para ser beneficiaria de la protección internacional prevista en esta ley», lo que podría entenderse como un reconocimiento del ejercicio legítimo de un derecho que excluiría la antijuridicidad de la conducta y, por consiguiente, la responsabilidad sancionadora (ex art. 21 CP). Traducido a la postura del Profesor Vacas Fernández, la doctrina de la conducta culpable no sería aplicable a los solicitantes de protección internacional porque, según la normativa vigente, la forma de entrar en el territorio no condiciona su protección.

Dado que la normativa de control de fronteras no obstaculiza sus pretensiones, cabe deducir que los solicitantes de asilo no pretenden eludirla, por lo que no se aprecia ningún motivo ilegítimo en su actuación ni, como consecuencia, abuso de derecho.

4. CONSIDERACIONES FINALES

Aunque aparentemente el TEDH siga manteniendo la existencia de un nexo entre el art. 3 CEDH y el art. 4 del Protocolo núm. 4 al CEDH, según se desprende de la valoración realizada en la sentencia sobre la posibilidad efectiva de solicitar protección internacional en el puesto fronterizo de *Beni Enzar*, lo cierto es que su fallo implica lo contrario. Implica que la protección dispensada por la prohibición de expulsiones colectivas en su vertiente relativa al principio de no devolución (identificación y examen de las circunstancias individuales de la persona expulsada) está subordinada al cumplimiento de la normativa de control fronterizo, por lo que este último, como apunta Vacas Fernández, ha dejado de ser un derecho absoluto e inderogable. Por ello no podemos compartir la postura del Tribunal Constitucional de que el rechazo en frontera «en nada excepciona el régimen jurídico previsto en la [Ley de Asilo], al limitarse a indicar [en su apdo. 3] dónde se han de formalizar las solicitudes [en los puestos fronterizos habilitados al efecto]» [FJ 8.C).c) STC 172/2020].

La no apreciación de la existencia de expulsiones colectivas por el hecho de que determinados individuos pretendan ejercer ilícitamente un derecho ignora el carácter mixto de los flujos migratorios, pues puede haber otras personas para las que la no valoración de sus concretas circunstancias puede implicar su devolución a un país donde existe el riesgo de sufrir tratos inhumanos o degradantes. De hecho, la solución del TEDH parece ser contraria a

la propia esencia de la prohibición de expulsiones colectivas, al suponer una solución colectiva (la no apreciación de la vulneración del art. 4 del Protocolo núm. 4 al CEDH) para individuos que pueden presentar circunstancias diferentes (migrantes económicos y solicitantes de protección internacional).

Palabras clave: migrantes, rechazo en frontera, expulsiones colectivas, TEDH, Tribunal Constitucional.

Keywords: migrants, border rejection, collective expulsion, ECHR, Spanish Constitutional Court.

LAS DEVOLUCIONES EN CALIENTE Y EL DERECHO A LA DEFENSA DEL EXTRANJERO EN FRONTERA: ¿QUEBRANTAMIENTO DE UN DERECHO FUNDAMENTAL?

HOT RETURNS AND THE FOREIGNER'S RIGHT OF DEFENCE ON BORDER: BREAKING A FUNDAMENTAL RIGHT?

Susana CUADRÓN AMBITE*

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.—2. PRESUPUESTOS Y CONTEXTUALIZACIÓN: LA STEDH.—3. LA STC: VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA DEFENSA.—4. CONCLUSIONES.

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La reciente Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹ y, en especial, la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional² donde se abordan respectivamente la adecuación al Convenio Europeo de Derechos Humanos de determinadas prácticas del Gobierno español conocidas como «devoluciones en caliente» y la constitucionalidad de la legalización de tales prácticas a través de la disposición primera de la LOPSC, nos obligan a replantear si efectivamente, a pesar de ello, se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva de los migrantes que pretenden alcanzar territorio español a través de puestos no habilitados. Previamente a abordar la cuestión que se plantea, hemos de analizar los presupuestos que la propia STEDH establece para considerar que no se vulnera el art. 13 del Convenio (derecho a un recurso efectivo) y, por ende, el derecho a una defensa adecuada y eficaz.

* Profesora tutora de Extranjería e Inmigración: Derechos de los Extranjeros en la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). Doctora en Derecho por la UNED (susanacuadron@gmail.com).

¹ Asunto *N. D. y N. T. c. España* (GS), núms. 8675/15 y 8697, TEDH 2020.

² STC 172/2020, de 19 de noviembre.

2. PRESUPUESTOS Y CONTEXTUALIZACIÓN: LA STEDH

Las sentencias tienen su origen en unos mismos hechos que se produjeron en febrero de 2014 (Ceuta) y, más concretamente, en agosto del mismo año cuando un grupo de personas trató de alcanzar territorio español a través de la valla fronteriza entre Marruecos y la ciudad de Melilla, entre los que se encontraban los demandantes y que fueron objeto de devoluciones sumarias inmediatas. Estos hechos, que ya venían produciéndose de forma constante tanto en Ceuta como en Melilla, especialmente desde el año 2005, fueron conocidos por primera vez públicamente haciéndose eco todos los medios de comunicación no solo a nivel nacional, sino también internacional. Con el afán de legalizar tales prácticas, el Gobierno español³, aprovechando que se encontraba en trámite la Ley Orgánica de Protección y Seguridad Ciudadana, introdujo una DA a la LOEx, cuya redacción es la siguiente:

«Régimen especial de Ceuta y Melilla.

1. Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España.
2. En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte.
3. Las solicitudes de protección internacional se formalizarán en los lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos y se tramitarán conforme a lo establecido en la normativa en materia de protección internacional».

Las devoluciones sumarias fueron objeto de demanda ante el TEDH y la DA, de recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

La STEDH dispone que las devoluciones sumarias a las que fueron sometidos los demandantes no vulneraron el art. 4 del Protocolo núm. 4 (prohibición de expulsiones colectivas) ni el art. 13, ambos del CEDH. No obstante, la Gran Sala mantiene y consolida, por un lado, su criterio en cuanto a establecer cuándo una expulsión debe entenderse como «colectiva» y, por otro lado, precisa el concepto de jurisdicción a efectos de determinar si efectivamente los demandantes se encontraban bajo la jurisdicción del española a fin de aplicar el art. 4 del Protocolo núm. 4.

El Estado español alega que en el supuesto concreto nos encontramos ante una «inadmisión al territorio español», no habiendo sido los demandantes objeto de una expulsión puesto que no habían entrado en territorio español (§ 165), instando al Tribunal para que se pronuncie sobre la aplicabilidad del art. 4 del Protocolo núm. 4, aunque como muy bien indica González Vega, «en un marco distinto», siendo «revelador que al iniciar el examen del asunto se vea en la tesitura de precisar que se trata la primera vez en la que

³ Nos referimos al periodo 2011-2015, Gobierno formado por la mayoría absoluta del Partido Popular.

se ve obligado a analizar la aplicabilidad» de tal precepto al supuesto de «una devolución inmediata y forzosa de extranjeros desde una frontera terrestre, tras el intento de un gran número de migrantes de cruzar dicha frontera de manera no autorizada y masiva»⁴.

Y, así, en primer lugar, el Tribunal mantiene un concepto amplio y genérico de expulsión, refiriéndose «a toda expulsión de un extranjero por la fuerza, independientemente de la legalidad de su estancia, del tiempo que haya pasado en dicho territorio, del lugar en que haya sido detenido, su condición de migrante o de demandante de asilo y su conducta al cruzar la frontera» (§ 185). Por tanto, «se ha determinado que el art. 3 del Convenio y el art. 4 del Protocolo núm. 4 se aplican a cualquier situación que entre en el ámbito de la jurisdicción de un Estado contratante, incluidas aquellas situaciones o periodos de tiempo en los que el Estado interesado todavía no ha evaluado la existencia de motivos que den derecho a los afectados a reclamar protección en virtud de dichas disposiciones» (§ 186).

Así las cosas, queda por determinar si los demandantes se encontraban bajo la jurisdicción española, extremo este que negaba España al entender que no se había alcanzado territorio español, argumentando lo que se ha denominado «concepto operativo de frontera»⁵ y, justificando con ello, la improcedencia de la aplicación del procedimiento de devolución contemplado en nuestra LOEx. El TEDH, por el contrario, categóricamente, descarta la aplicación de tal concepto señalando que «no hay duda de que los demandantes fueron interceptados en territorio español por guardias de frontera y que, por tanto, se encontraban dentro del territorio español el sentido del art. 1 del Convenio» (§ 190).

Ahora bien, cabe preguntarnos por qué, si el Tribunal considera que es plenamente aplicable el art. 4 del Protocolo núm. 4 y que los demandantes se encontraban en territorio español y bajo la jurisdicción española, «*declara por unanimidad que no se ha vulnerado*» tal precepto ni tampoco «el art. 13 del Convenio puesto en relación con el art. 4 del Protocolo núm. 4». Tales presupuestos debieran haber implicado que la actuación del Estado español era claramente contraria al Convenio al no haber aplicado el procedimiento de devolución previsto, que hubiera permitido identificar a los demandantes y realizar un «análisis razonable y objetivo del caso particular de cada uno de los extranjeros del grupo»⁶.

⁴ GONZÁLEZ VEGA, J., «¿Un difícil equilibrio? La Sentencia TEDH, Gran Sala de 13 de febrero de 2020, *N. D. y N. T. c. España*, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo», *Revista General de Derecho Europeo*, vol. 52, 2020.

⁵ Tal concepto es plenamente aplicable «a los inmigrantes que son contenidos y rechazados en las líneas de vigilancia» a quienes no se les aplicaría el procedimiento de devolución toda vez que la misma «es consecuencia inmediata de la entrada en territorio nacional, entrada que, en tales supuestos, a efectos de extranjería, no se produce». Informe presentado por el Ministerio del Interior al Congreso de los Diputados, en fecha 7 de marzo de 2014, recurso electrónico disponible en www.migrarconderechos.es.

⁶ El TEDH considera que la ausencia de tal análisis supondrá que la expulsión sea «calificada como colectiva» (§ 195).

Sin embargo, con unos argumentos, que esta parte considera un tanto endeble para la relevancia del caso, nada menos que la vulneración de derechos fundamentales y el establecimiento de criterios para determinar la vulneración o no del Convenio, el TEDH confirma la correcta y legal actuación de España⁷. Tales argumentos hacen referencia básicamente a la «propia conducta del demandante» como «factor relevante para evaluar la protección que se debe otorgar en virtud del art. 4 del Protocolo núm. 4 (§ 200) y a la existencia de medios reales y efectivos para presentar las demandas de asilo o bien para presentar un visado, haciendo referencia a la posibilidad de realizarlo bien en el puesto fronterizo de Beni Enzar, pero también en los Consulados de España o «en los países de origen o tránsito o incluso en Marruecos» (§ 212). Realmente nos sorprende que el TEDH utilice unos argumentos un tanto inconsistentes para ventilar cuestiones de tal trascendencia.

En cuanto a la existencia de vías legales y efectivas, debemos realizar las siguientes precisiones: respecto de la posibilidad de presentar las solicitudes de asilo, en su caso, en el puesto fronterizo de Beni Enzar, no se sostiene toda vez que fue creado en septiembre de 2014, esto es, después de los hechos objeto de la demanda. Las estadísticas manejadas con relación a las solicitudes presentadas en este puesto fronterizo, tras su creación y hasta el 2017 (apenas nueve), revelan la práctica imposibilidad de acceso a los puestos fronterizos, básicamente por la gran presión migratoria que ejerce Marruecos. Y no podemos olvidar que la Ley 12/2009 excluye prácticamente la posibilidad de presentar solicitudes de asilo en las sedes de las representaciones consulares de España en los países de origen, de tránsito o en Marruecos⁸.

Con relación al otro argumento, «la conducta culpable» de los demandantes⁹, cierto es que el TEDH, ha hecho referencia a este criterio en otras sentencias, sin embargo y como muy bien indica Martínez Escamilla, se trata de supuestos distintos y en el caso que nos ocupa se introducen supuestos «inéditos»¹⁰. Y, es precisamente esa conducta y la forma de tratar acceder al territorio español, sin utilizar las vías legales y efectivas de las que dispone el Estado español, la que impidió aplicar un «procedimiento individualizado para su expulsión», no pudiéndose «hacer responsable al Estado español por no facilitar un remedio legal contra dicha expulsión» (§ 242). De esta forma, el TEDH ventila la cuestión sobre la imposibilidad de acceso a un recurso efec-

⁷ En tal sentido se pronuncia MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., «Las devoluciones en caliente tras la Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 13 de febrero 2020 (N. T. y N. D. c. España)», *Jueces para la Democracia: información y debate*, 2020, núm. 97, p. 63.

⁸ El art. 38 de la Ley 12/2009, que no ha sido aún desarrollado reglamentariamente, descarta la posibilidad de pedir asilo en las representaciones diplomáticas españolas en los países de origen y respecto de las peticiones realizadas en otros consulados, no se establece procedimiento alguno y se otorga la potestad exclusiva a los consulados la decisión del traslado de los posibles solicitantes a territorio español.

⁹ «El mismo principio debe aplicarse igualmente a aquellas situaciones en las que la conducta de aquellos que cruzan una frontera terrestre sin autorización se aprovechan deliberadamente de su gran número y su fuerza», § 201.

¹⁰ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *op. cit., supra*, p. 66.

tivo y, por ende, el ejercicio de un derecho fundamental como es el derecho a la defensa, de la misma forma que ha resuelto las anteriores cuestiones planteadas: con argumentos, a nuestro parecer, dada la entidad de la materia, un tanto vacuos e incluso frívolos, reconduciendo estos una vez más a la conducta de los demandantes. Así indica que (§§ 242 y 243) la circunstancia de que hubieran sido los propios demandantes quienes se pusieran en una situación ilegal, al intentar entrar a España fuera de los cauces legales establecidos, incumpliendo por tanto no solo el Código de Fronteras Schengen, sino también la legislación interna, conllevó que no pudiera aplicarse un procedimiento individualizado para su expulsión y, por tanto, el Estado demandado no es responsable por no haber puesto a su disposición un recurso judicial efectivo y, «de ello se desprende que la falta de recurso con respecto a la expulsión de los demandantes no constituye en sí misma una violación del art. 13 CEDH».

3. LA STC: VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA DEFENSA

Así las cosas, y tras unos escasos meses desde la publicación de la STEDH, nuestro Tribunal Constitucional resuelve el recurso de inconstitucionalidad ya referido, y en lo que nos ocupa lo relativo a la DF 1.^a de la LOPSC por vulneración, entre otros, del art. 24.1 CE.

Con la aplicación de esta disposición se exceptúa lo previsto en el art. 58.3 de la LOEx y en el 23 del Real Decreto 557/2011, en cuanto a la apertura de un expediente administrativo para aquellas personas que tratan de entrar en territorio español ilegalmente incluyéndose a los extranjeros que sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones. Nuestro Tribunal Constitucional admite que «a la persona extranjera que está siendo rechazada mientras se encuentra en los elementos de contención ubicados en territorio español, ubicados en el sistema de seguridad fronterizo, le son aplicables las garantías previstas en nuestro ordenamiento jurídico» (rechazo en frontera)¹¹. Sin embargo, sorprendentemente, establece que ese rechazo en frontera en el caso de que se trate de la detección de extranjeros en las líneas fronterizas de Ceuta y Melilla, en tanto en cuanto concurre la «singularidad de su ubicación geográfica»¹², permite «que la Administración y sus agentes practiquen una actuación material de vigilancia orientada a restablecer inmediatamente la legalidad transgredida»¹³ y, por tanto, entiende que se trata de un nuevo régimen ante una situación particular, considerando que la regulación a través de la disposición adicional es totalmente constitucional centrandolo tal constitucionalidad, entre otros motivos, primero, porque el rechazo, tal y como se contempla en el propia disposición «se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos», lo que conlleva que los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad «deberán prestar atención a las categorías de

¹¹ STC, cit. *supra*, FJ 8, apdo. c).

¹² La única frontera exterior Europa/África.

¹³ *Ibid.*, cit.

personas vulnerables». Segundo, con fundamento en la STEDH, en tanto en cuanto existan medios de acceso de entrada legales y lugares de donde formalizar las solicitudes de asilo, se cumplen con las obligaciones internacionales de acceso a medios efectivos y cumplimiento del derecho de no devolución en el caso de solicitantes de asilo, pudiéndose denegar la entrada a aquellos que pretendan entrar a territorio español por un lugar diferente no autorizado. De esa forma, entendemos, acoge la doctrina de la conducta culpable establecida por el TEDH, ¿cómo puede nuestro Tribunal Constitucional concluir sobre tal constitucionalidad con argumentos tan peregrinos y sin conocer y realizar un análisis sobre el fondo del asunto? El fallo de la sentencia no deja de ser aún más sorprendente al determinar que tal regulación resulta constitucional siempre que «se interprete» de la forma siguiente: «a) aplicación a las entradas individualizadas; b) pleno control judicial, y c) cumplimiento de las obligaciones internacionales»¹⁴.

Las devoluciones inmediatas que se practican en Ceuta y Melilla, a pesar de la interpretación que establece el Tribunal Constitucional, infringen de forma patente el derecho a la tutela judicial efectiva. En primer lugar, escapan a cualquier procedimiento administrativo que permita individualizar e identificar a las personas: se excluye la aplicación del procedimiento previsto en la LOEx habida cuenta de la peculiaridad geográfica. En segundo lugar, los funcionarios encargados de la vigilancia de la frontera no llevarán a cabo la labor de identificar a aquellas personas más vulnerables, impidiendo en su caso la protección de menores, solicitantes de asilo, mujeres embarazadas o personas sometidas a trata de seres humanos, entre otras. La actuación por la vía de hecho infringe las más elementales garantías constitucionales de sometimiento de la actuación de la Administración a la CE y al resto del ordenamiento jurídico¹⁵. Y tercero, si no se identifican ni tal actuación queda sometida a un procedimiento, en el que intervenga un letrado y se dicte una resolución sobre la situación del extranjero en particular, no puede ejercerse un «pleno control judicial» de la legalidad y, por ende, de la constitucionalidad de la devolución y de la actuación de estos funcionarios. Obviamente todo ello, además, infringe la normativa internacional.

Afortunadamente la STC contiene un voto particular¹⁶ que arroja alguna luz, en tanto en cuanto y aún considerando que la especial ubicación de Ceuta y Melilla podría ser un «elemento justificativo [...] para establecer un procedimiento de devolución especial en la legislación de extranjería», ello no puede ser óbice «ni existe justificación constitucional, desde la perspectiva de los arts. 9.3, 24.1 y 106 CE para que la restauración de la legalidad migratoria transgredida se haga prescindiendo completamente de un mínimo procedimiento y del respeto de garantías esenciales». Por tanto, la ausencia de este mínimo procedimiento y de la posibilidad de «singularización de cada acto

¹⁴ STC, cit. *supra*, fallo.

¹⁵ Arts. 9.3 y 106 CE.

¹⁶ Voto particular de la Magistrada Dña. María Luis Balaguer Castellón.

de rechazo en frontera no es posible hacer real y efectivo el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva».

4. CONCLUSIONES

Ambas sentencias no vienen más que a reafirmar, en aras al mantenimiento del denominado «espacio de libertad y seguridad», la legalidad de la aplicación de políticas migratorias restrictivas y la arbitrariedad en la actuación del Estado español, en este caso, en el control de la frontera sur. Y, todo ello, en detrimento de los derechos humanos de los ciudadanos extranjeros y, concretamente, el efectivo ejercicio del derecho a la defensa. Tales decisiones y, especialmente la STDH, tan solo se entienden en un contexto de presión por parte de los países europeos¹⁷ que, con la finalidad de ejercer un control migratorio en las fronteras exteriores, especialmente en la frontera sur, no dudan en cercenar derechos fundamentales inherentes a la dignidad de aquellas personas más vulnerables. Como apunta el Profesor Vacas Fernández, cierto es que la STEDH arroja algunas luces, pero la sombra que se extiende con el establecimiento de la doctrina de la conducta culpable, y su acogimiento por parte de nuestro Tribunal Constitucional, resulta muy «inquietante», en tanto en cuanto supone «vaciar de contenido los derechos» fundamentales de los ciudadanos extranjeros «impidiendo su vigencia real y efectiva», como hemos puesto de relieve en el presente trabajo.

Palabras clave: derechos humanos, devoluciones sumarias, defensa, recurso efectivo, frontera.

Keywords: human rights, summary expulsions, defence, effective appeal, border.

¹⁷ No olvidemos que Francia, Bélgica e Italia se personaron en el recurso que interpuso el Gobierno español ante la Gran Sala como intervinientes.





Revista Española de Derecho Internacional
Sección FOROS
¿Entre migración y refugio? Desplazamientos por causas climáticas
e inadecuación normativa (I): la necesidad de buscar respuestas
adecuadas en el ámbito universal y en ciertos espacios regionales/
*Between migration and refuge? Displacements caused by climate
and normative inadequacies (I): the need to seek adequate responses
at the universal level and in some regional spaces*
Vol. 73/2, julio-diciembre 2021, Madrid, pp. 389-397
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.73.2.2021.2c.01>
© 2021 Asociación de Profesores
de Derecho Internacional
y Relaciones Internacionales
ISSN: 0034-9380; E-ISSN: 2387-1253

**¿ENTRE MIGRACIÓN Y REFUGIO? DESPLAZAMIENTOS
POR CAUSAS CLIMÁTICAS E INADECUACIÓN
NORMATIVA (I): LA NECESIDAD DE BUSCAR
RESPUESTAS ADECUADAS EN EL ÁMBITO UNIVERSAL
Y EN CIERTOS ESPACIOS REGIONALES/
*BETWEEN MIGRATION AND REFUGE? DISPLACEMENTS
CAUSED BY CLIMATE AND NORMATIVE INADEQUACIES
(I): THE NEED TO SEEK ADEQUATE RESPONSES
AT THE UNIVERSAL LEVEL AND IN SOME
REGIONAL SPACES***

**ESTADOS QUE SE HUNDEN: ¿QUÉ SOLUCIONES OFRECE
EL DERECHO INTERNACIONAL A LOS MIGRANTES
CLIMÁTICOS QUE ABANDONAN LOS TERRITORIOS
AFECTADOS POR LA ELEVACIÓN DEL NIVEL DEL MAR?**

***SINKING STATES: WHAT SOLUTIONS
DOES INTERNATIONAL LAW OFFER TO CLIMATE
MIGRANTS WHO LEAVE TERRITORIES AFFECTED
BY SEA LEVEL RISE?***

Natalia OCHOA RUIZ*

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO.—2. ADMISIÓN DE MIGRANTES CLIMÁTICOS.—2.1. Principio de no devolución.—2.2. Derecho internacional de los refugiados.—2.3. El estatuto de apátrida.—3. RETORNO DE MIGRANTES CLIMÁTICOS.—4. CONCLUSIÓN: INADECUACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL Y NECESIDAD DE BUSCAR OTRAS SOLUCIONES.

* Profesora contratada doctora de Derecho Internacional Público de la Universidad Camilo José Cela (nmochoa@ucjc.edu).



1. PLANTEAMIENTO

El aumento global de las temperaturas está produciendo, entre otros efectos, la elevación del nivel del mar. Este hecho está afectando particularmente a las zonas costeras de baja altitud y a los pequeños Estados insulares, que están viendo cómo su territorio se reduce o se hace inhabitable, lo que a su vez está dando lugar a su despoblación parcial o total¹.

El problema ha adquirido una gran relevancia en los últimos años. La Asociación de Derecho Internacional (ILA) adoptó, en 2018, la Declaración de Principios de Sydney para la protección de las personas desplazadas en el contexto de la subida del nivel del mar (Declaración de Sydney)². La Comisión de Derecho Internacional (CDI) estableció, en 2019, un Grupo de Estudio de composición abierta sobre el «Aumento del nivel del mar en el Derecho internacional»³. Asimismo, el reciente dictamen *Teitiota c. Nueva Zelanda*, del Comité de Derechos Humanos (CDH) de las Naciones Unidas (NU), versaba sobre el caso de una persona que se había visto obligada a migrar desde la isla de Tarawa (Kiribati) a Nueva Zelanda, precisamente por los efectos del cambio climático y la elevación del nivel del mar.

El hundimiento de territorios bajo el mar plantea diversos retos para el Derecho internacional (DI), como la generación de grandes masas de desplazados y migrantes transfronterizos y cuestiones relativas al Derecho del Mar y a la desaparición de los elementos constitutivos de los Estados. En esta primera contribución para este tema del Foro nos vamos a centrar en la situación de los habitantes de los pequeños Estados insulares que se están hundiendo y que se ven obligados a migrar («refugiados climáticos» o «migrantes transfronterizos climáticos»). Somos conscientes de las limitaciones de este estudio. Se estima que la elevación del nivel del mar está afectando a cerca de setenta países, no todos ellos insulares. Nos interesa centrarnos en los Estados que se hunden por dos motivos principales. En primer lugar, los desastres naturales y los fenómenos climáticos provocan principalmente desplazados internos, que aspiran a regresar a su tierra cuando cambien las condiciones. Sin embargo, si provienen de una isla que se ha hundido o que se ha convertido en inhabitable, no será posible el retorno. En segundo lugar, estas personas corren el riesgo de apatridia. Como veremos, el DI vigente no proporciona un marco jurídico adecuado para responder a sus necesidades⁴. De hecho, el propio término de «refugiados climáticos» es debatido y no se ha incluido en ningún instrumento de *hard law*.

¹ Agenda 2030 de las Naciones Unidas para el Desarrollo Sostenible, A/RES/70/1 de la AGNU, de 25 de septiembre de 2015, párr. 14.

² ILA, Declaración de Sydney sobre los Principios para la protección de las personas desplazadas en el contexto de la subida del nivel del mar, Res. 6/2018, de agosto de 2018, Anexo.

³ Doc. A/73/10.

⁴ COSTI, A., «Addressing the Challenges to Statehood Arising from Climate Change: Future Bases for Action to Protect Low-Lying Atoll Nations», en COSTI, A. y RENWICK, J. (eds.), «*In the Eye of the Storm*» - Reflections from the Second Pacific Climate Change Conference, Victoria University of Wellington, SPREP and New Zealand Association for Comparative Law, 2020, pp. 129-154, esp. p. 130.

Según el DI, corresponde a los Estados afectados la obligación principal de adoptar medidas positivas para proteger a las personas que viven en su territorio de los efectos de la degradación medioambiental y la elevación del nivel del mar. Se trata de una obligación de comportamiento, en el cumplimiento de la cual pueden contar con la cooperación y asistencia internacionales (art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). La mayor parte de los territorios afectados pertenecen a Estados en vías de desarrollo. Cuando el Estado no puede hacer nada más por sus nacionales, la única solución es la migración transfronteriza.

2. ADMISIÓN DE MIGRANTES CLIMÁTICOS

La admisión y la expulsión de extranjeros son competencias soberanas del Estado territorial, con las limitaciones establecidas por el propio DI, que examinaremos a continuación.

2.1. Principio de no devolución

El art. 13.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), de 1948, proclama que toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país. Según el art. 14.1, «en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país». En el estado actual del DI, este derecho no se ha visto acompañado de la correlativa obligación de los Estados de aceptar en su territorio a los migrantes que lleguen a él. Estos deben, además, demostrar que son objeto de persecución, algo que no sucede necesariamente en el caso de los migrantes climáticos.

El principio de no devolución o de *non-refoulement* es una norma de DI consuetudinario. En una abundante jurisprudencia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), el Comité contra la Tortura de las NNUU, el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y el CDH han entendido prohibida la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando existan razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura o a pena de muerte.

De este modo, el principio de no devolución, según el DI de los derechos humanos (DIDH), es más amplio que el reconocido en el art. 33 de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, porque alcanza a las personas que no tienen reconocida la condición de tales, e incluso que el que se deriva del art. 14 DUDH, ya que no es necesario acreditar la existencia de una persecución.

El dictamen *Teitiota* ha supuesto una ampliación del alcance del principio de no devolución, para incluir la situación de los refugiados climáticos. En él, el CDH afirmó que una persona refugiada o desplazada por causas climáticas

o por desastres naturales no puede ser retornada a su país de origen si con ello se pone en riesgo el ejercicio de algún derecho fundamental, como es el derecho a la vida, reconocido en el art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Aunque finalmente el CDH no estimó la violación del Pacto en este caso concreto, ya que, a su juicio, no había quedado suficientemente demostrado que la deportación de Teitiota a Kiribati hubiera supuesto una violación de su derecho a la vida, del dictamen se deduce que futuros casos de deportación a lugares afectados por el cambio climático y la subida del nivel del mar sí que podrían llegar a constituir violaciones del derecho a la vida. Con ello se abre la puerta a crear una obligación de no devolver a las personas cuya vida esté en riesgo por motivos medioambientales. Esto supone que el DIDH sería capaz de proporcionar una protección a los migrantes climáticos, aunque los estándares jurídicos exigidos sean elevados⁵. Sin embargo, el CDH solo podría otorgar una protección individual y esta solución no está adaptada a la gran cantidad de personas afectadas por la subida del nivel del mar.

2.2. Derecho internacional de los refugiados

Cabe preguntarse si es posible aplicar a los migrantes climáticos el DI de los Refugiados. La respuesta no es sencilla. Las personas que abandonan su país huyendo de los efectos de la subida del nivel del mar no son refugiados en sentido estricto.

El art. 1 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 (modificada por el Protocolo de Nueva York de 1967) considera refugiados a las personas que abandonan su país por fundados temores de ser perseguidas por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas. Entre estos motivos no se encuentran la salida del «hábitat tradicional» por la existencia de una «disrupción medioambiental», de acuerdo con la definición proporcionada por el PNUMA en 1985⁶. Además, parece difícil interpretar el «temor fundado de ser perseguido» en un sentido tan amplio que permita incluir la «persecución climática»⁷.

Los instrumentos regionales son algo más amplios. La Convención de la Unión Africana (UA) sobre refugiados, firmada en Addis Abeba en 1969, ha ampliado el reconocimiento del estatuto de refugiado a las personas que hayan sido víctimas de «eventos que perturben particularmente el orden público en la totalidad o en una parte de su territorio nacional» (art. 1.2). En la

⁵ MCADAM, J., «Protecting People Displaced by the Impacts of Climate Change: The UN Human Rights Committee and the Principle of Non-refoulement», *AJIL*, 2020, núm. 114 (4), pp. 708-725.

⁶ ESPÓSITO, C. y TORRES CAMPRUBÍ, A., «Cambio climático y derechos humanos: el desafío de los “nuevos refugiados”», *Relaciones internacionales*, 2011, núm. 17, pp. 67-86, esp. pp. 71-72.

⁷ GRACIA PÉREZ, D., «La tragedia de los pequeños Estados insulares en desarrollo. Desplazamientos climáticos ante la subida del nivel del mar», *AHLDI*, 2020, núm. 24, pp. 257-268, esp. p. 261.

Organización de los Estados Americanos (OEA), la Declaración de Cartagena de 1984 y la Declaración de Río de Janeiro de 2000 han incluido a las personas que huyen a causa de «acontecimientos que perturban gravemente el orden público». Algunos autores han apuntado que la noción de orden público contenida en estos instrumentos incluye el «orden público ecológico», lo que podría dejar espacio para el reconocimiento de los «refugiados climáticos»⁸.

Lo cierto es que, aunque los desastres naturales o los efectos del cambio climático no constituyen persecución *per se*, pueden generar un contexto de desórdenes internos en el que se produzca la persecución de partes de la población. En la práctica, los desplazamientos son habitualmente multicausales. Por otro lado, ACNUR ha tendido a interpretar su mandato de forma amplia, buscando proporcionar asistencia y protección a migrantes que no entran necesariamente en la estrecha definición de la Convención de 1951.

Diversos instrumentos internacionales recientes con carácter de *soft law* apuntan a articular mecanismos de cooperación para proteger a los migrantes climáticos, aliviando la presión sobre los países de acogida. Aunque a menudo no recogen obligaciones concretas, constituyen un gran avance, sobre todo en la medida que suponen un reconocimiento internacional de los migrantes climáticos. Destacan la Iniciativa Nansen sobre desplazamiento transfronterizo inducido por desastres, de 2012; la Agenda 2015 para la Protección de personas desplazadas transfronterizas en el contexto de desastres y cambio climático, y la Agenda para la Humanidad de 2016, en la que el Secretario General de las NU mencionó la necesidad de prepararse para los desplazamientos transfronterizos debidos a desastres y al cambio climático⁹.

Posteriormente, la Declaración de Nueva York para los Refugiados y Migrantes, adoptada por la Asamblea General de las NNUU (AGNU) en 2016, afirmó que la protección a las personas refugiadas y la ayuda a los Estados de acogida son una responsabilidad compartida y por ello debe ser asumida de forma más equitativa y predecible. Los Estados se comprometieron a fortalecer y mejorar los mecanismos de protección de las personas que se desplazan. A tal fin, se adoptó un Marco de Respuesta Integral para los Refugiados, que establece una amplia gama de medidas para dar repuesta a los desplazamientos de gran escala y a las situaciones prolongadas de refugiados y que es susceptible de aplicarse a los migrantes climáticos.

Sobre la base de la Declaración de Nueva York se adoptaron dos instrumentos distintos, pero complementarios, ambos desprovistos de valor jurídico vinculante: el Pacto Mundial sobre Refugiados y el Pacto Mundial para una Migración segura, ordenada y regular.

El Pacto Mundial sobre Refugiados fue adoptado por la AGNU el 17 de diciembre de 2018, con el cuádruple objetivo de aliviar las presiones sobre los países de acogida, mejorar la autosuficiencia de los refugiados, ampliar

⁸ ESPÓSITO, C. y TORRES CAMPRUBÍ, A., *op. cit.*, p. 76.

⁹ Doc. A/70/709, de 2 de febrero de 2016.

el acceso a soluciones en terceros países y apoyar las condiciones en el país de origen para un retorno con seguridad y dignidad, acompañado de un Programa de Acción que contemplaba medidas concretas para ayudar a cumplir los objetivos.

El Pacto apenas contiene referencias a los refugiados climáticos. Tan solo afirma que el clima, la degradación ambiental y los desastres naturales no provocan, en sí mismos, los desplazamientos de refugiados, aunque interactúan cada vez más con las causas de estos movimientos (párr. 8). En el Programa de Acción se reconoce que los movimientos de población pueden ser de carácter mixto y que, en algunas situaciones, pueden venir causados «por desastres naturales repentinos y por la degradación ambiental» (párr. 12). Se prevé la posibilidad de proporcionar asistencia o ciertas formas de protección por motivos humanitarios a los desplazados como consecuencia de desastres, pero no se menciona a las personas desplazadas por causas ambientales (párr. 63)¹⁰.

El Pacto Mundial para una migración segura, ordenada y regular, aprobado por la AGNU el 19 de diciembre de 2018, contiene compromisos políticos más detallados en relación con los migrantes climáticos. Establece un marco de cooperación en torno a 23 objetivos que se concretan en una serie de compromisos de índole muy variada, completado por un mecanismo de seguimiento a través del Foro de Examen de la Migración Internacional.

El objetivo 2 se refiere a la migración relacionada con los desastres naturales, los efectos adversos del cambio climático y la degradación ambiental, incluyendo la desertificación, la degradación de las tierras, la sequía y la subida del nivel del mar. Recoge una serie de compromisos, entre los que destaca el intercambio de información para predecir y afrontar los movimientos migratorios por razones climáticas; la formulación de estrategias de adaptación y resiliencia; mecanismos de alerta temprana y planificación para el desplazamiento y la cooperación para prestar asistencia humanitaria y para encarar los desafíos que plantean los movimientos migratorios [párrs. 18.*h*) y *l*)]. En el objetivo 5 se alienta a los Estados a crear programas de migración más flexibles, que incluyan visas humanitarias, patrocinios privados, acceso a la educación para niños, permisos de trabajo temporal, reubicación planificada y opciones de visa para los migrantes climáticos [párrs. 21.*h*) y *g*)].

2.3. El estatuto de apátrida

La desaparición de los Estados provocaría inevitablemente la situación de apátrida de sus nacionales (Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, de 1954). Para evitarlo, la comunidad internacional podría convenir en que los Estados siguieran existiendo, reconociendo a los gobiernos en el exilio.

¹⁰ POZO SERRANO, P., «El Pacto Mundial sobre los refugiados: límites y contribución a la evolución del derecho internacional de los refugiados», *REEI*, 2019, núm. 38, p. 25.

Esta solución estaría en sintonía con la Convención para reducir los casos de apatridia, de 1961, pero no evitaría que sus habitantes continuaran siendo apátridas *de facto*¹¹.

El art. 15 DUDH proclama el derecho a una nacionalidad, pero esto no se traduce en la obligación de conceder la nacionalidad a las personas que se encuentren en su territorio y no tengan la nacionalidad de ningún Estado. De hecho, ningún instrumento internacional prohíbe la apatridia. El Pacto Mundial de Refugiados ha previsto que los Estados, ACNUR y otras partes interesadas aporten recursos y conocimientos especializados con objeto de apoyar el intercambio de buenas prácticas para la prevención y reducción de la apatridia y para la elaboración de planes de acción nacionales, regionales e internacionales destinados a eliminar la apatridia (párr. 83).

La propia CDI ha señalado la posibilidad de adoptar ciertas medidas para evitar la apatridia y la dispersión de sus habitantes, a pesar de la desaparición de los Estados: la transferencia de una parte de un territorio de Estado en favor del Estado insular afectado, la fusión con otro Estado o la creación de una federación o asociación entre ambos para que el Estado insular pueda mantener la condición de Estado u otra forma de personalidad jurídica internacional. Doc. A/73/10, párs. 16.iv) y v).

3. RETORNO DE MIGRANTES CLIMÁTICOS

La concesión del estatuto de los refugiados, del derecho de asilo o de cualquier otra forma de protección temporal o subsidiaria supone una situación insatisfactoria, por la dispersión de las poblaciones, el desarraigo y la pérdida de vínculos, que ha de ser necesariamente provisional. Aunque lamentablemente estas situaciones se suelen prolongar en el tiempo, lo óptimo sería procurar el retorno de los migrantes climáticos a sus respectivos países de origen. Por ello, el Pacto Mundial de Refugiados prevé que se fomenten las condiciones propicias para la repatriación voluntaria dentro del respeto al principio de no devolución, la garantía de que se trate de una elección libre e informada y que se realice de una forma segura y digna (párr. 87).

Para lograr el retorno de los migrantes de los territorios afectados por la subida del nivel del mar sería preciso erradicar las causas que motivaron la migración, lo que supone recuperar el territorio hundido o restituir sus condiciones naturales, que hagan posible la habitabilidad. Además de las medidas adoptadas, o que se puedan adoptar en el futuro, para combatir las causas antropogénicas que pueden estar en el origen de la subida del nivel del mar, deben mencionarse ciertas iniciativas emprendidas por algunos Estados, haciendo uso de los extraordinarios avances tecnológicos recientes, con el fin de construir islas artificiales en los espacios marinos sujetos a su soberanía

¹¹ AZNAR GÓMEZ, M. J., «El Estado sin territorio: La desaparición del territorio debido al cambio climático», *REEI*, 2013, núm. 26, p. 7; COSTI, A., *op. cit.*, pp. 137-138.

o reforzar islas existentes. Entre ellos, podemos citar la isla artificial Hulhumalé, construida por Maldivas; el proyecto de crear una ciudad flotante en la Polinesia Francesa (Artisanópolis); el reforzamiento por parte de Japón del atolón de Okinotori, empleando corales, hormigón y acero, y la construcción por parte de China de islas artificiales en el archipiélago de las Spratly.

En los casos en que no sea factible la recuperación de los territorios, se hace necesario arbitrar soluciones específicas para las personas afectadas, que garanticen su acogida en terceros países, procuren su integración y eviten la apatridia¹², evitando, en la medida de lo posible, la dispersión.

4. CONCLUSIÓN: INADECUACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL Y NECESIDAD DE BUSCAR OTRAS SOLUCIONES

De lo expresado anteriormente se desprende que el marco jurídico internacional aplicable a los migrantes climáticos es insuficiente y no está adaptado a sus necesidades. Se trata de un régimen fragmentado, regulado tanto por instrumentos universales como regionales, siendo muchos de ellos de *soft law*, cuya efectividad depende, en la práctica, de la voluntad política de los Estados.

No existe un instrumento normativo de alcance universal con rango de tratado que regule las migraciones por motivos relacionados con el clima. Los principales instrumentos en materia de refugiados (la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de Nueva York) no resultan adecuados. El DIDH solo garantiza el principio de no devolución, con un alcance ciertamente creciente. Aun así, debe destacarse que, en los últimos años, se ha hecho un esfuerzo por contemplar la cuestión de los migrantes climáticos y articular su protección. Sin embargo, en general, estos instrumentos suponen una apelación a la solidaridad internacional para trabajar en las causas que dan lugar a la migración y gestionar los flujos migratorios. Además, no está claro que la protección individual o la ubicación en campamentos de refugiados sea una solución deseable o adecuada para las comunidades que viven en los Estados insulares afectados por la subida del nivel del mar.

Muchos pequeños Estados insulares se abocan a su desaparición. Con ellos, se perderán los hábitats, las costumbres y los modos de vida ligados a ellos. Sus habitantes se enfrentan a la pérdida de sus culturas, al desarraigo y a su dispersión.

En nuestra opinión, la solución, a corto plazo, pasa por procurar reasentar las comunidades en otros territorios donde puedan mantener sus formas de vida. A medio o largo plazo, es imprescindible trabajar por reducir las causas y los efectos del cambio climático de origen antropogénico y por re-

¹² Véase Declaración de Sydney, Principio 9, apdo. 3.

forzar el territorio de los Estados que se hundan, tanto por medio de medidas tomadas individualmente por los Estados afectados como recurriendo a la cooperación internacional, principalmente mediante la transferencia de tecnología y la financiación.

Palabras clave: Estados que se hundan, migrantes climáticos, refugiados climáticos, apátridas, no devolución.

Keywords: sinking States, climate migrants, climate refugees, stateless persons, *non-refoulement*.





Revista Española de Derecho Internacional
Sección FOROS
¿Entre migración y refugio? Desplazamientos por causas climáticas
e inadecuación normativa (I): la necesidad de buscar respuestas
adecuadas en el ámbito universal y en ciertos espacios regionales/
*Between migration and refuge? Displacements caused by climate
and normative inadequacies (I): the need to seek adequate responses
at the universal level and in some regional spaces*
Vol. 73/2, julio-diciembre 2021, Madrid, pp. 399-407
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.73.2.2021.2c.02>
© 2021 Asociación de Profesores
de Derecho Internacional
y Relaciones Internacionales
ISSN: 0034-9380; E-ISSN: 2387-1253

EL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN EN TIEMPOS DE EMERGENCIA CLIMÁTICA: UNA REVISIÓN NECESARIA PARA LA PROTECCIÓN DEL REFUGIO Y EL ASILO CLIMÁTICO

THE PRINCIPLE OF NON-REFOULEMENT IN TIMES OF CLIMATE EMERGENCY: A NECESSARY REVIEW FOR THE PROTECTION OF CLIMATE REFUGEE AND ASYLUM

Susana BORRÀS*

Paola VILLAVICENCIO-CALZADILLA**

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA FRAGILIDAD DE LA VIDA ANTE LA EMERGENCIA CLIMÁTICA.—3. EN BUSCA DE REFUGIO PARA VIVIR CON DIGNIDAD.—4. LA NECESARIA RECONCEPTUALIZACIÓN DE REFUGIO.—5. EL REFUGIO CLIMÁTICO PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIDA.—6. CONCLUSIÓN: ANTE TODO, PROTEGER LA VIDA.

1. INTRODUCCIÓN

La Organización Internacional para las Migraciones (OIM) define la «migración climática» como el traslado de una persona o grupos de personas que, predominantemente por cambios repentinos o progresivos en el entorno debido al cambio climático, están obligadas a abandonar su lugar de residencia habitual, u optan por hacerlo, ya sea de forma temporal o permanente, dentro de un Estado o cruzando una frontera internacional¹. Este reconoci-

* Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universitat Rovira i Virgili (URV) (susana.borras@urv.cat). ORCID: 0000-0002-8264-1252.

** Investigadora Asociada del Centro de Estudios de Derecho Ambiental de Tarragona (CEDAT), Universitat Rovira i Virgili (URV) (p_villavicencio@hotmail.com). ORCID: 0000-0001-8531-5172.

¹ OIM, *Glossary on Migration*, 2019. Disponible en https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_34_glossary.pdf.



miento responde a la peligrosa realidad y la amenaza inminente que el calentamiento del planeta supone para la vida de muchas personas en el mundo y sus derechos² —y que va a agravarse en el futuro— especialmente para las pequeñas islas Estado del Pacífico, cuyas poblaciones son las primeras en dar la alarma sobre el fenómeno de la migración por causas climáticas³. Los habitantes de pequeños Estados insulares en desarrollo (PEID), como Kiribati y Tuvalu, con escasos metros sobre el nivel del mar, están expuestos no solo a graves impactos climáticos, como el acceso limitado a tierras habitables, agua potable y medios de subsistencia, sino también a la pérdida total del territorio de su Estado, con el riesgo de la apatridia *de facto* que pudiera derivarse de su inmersión⁴.

A pesar de identificarse la situación de inseguridad en la que se encuentran millones de personas y el concepto de migración climática, en la actualidad —como ya ha señalado la Profesora Ochoa en este foro— no existe un marco jurídico internacional que reconozca ni proteja a las personas migrantes climáticas o «refugiadas climáticas», más allá de la protección subsidiaria conferida por los tratados internacionales de protección de los derechos humanos.

En este contexto, la presente aportación analiza la decisión del Comité de los Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, CDH) sobre el caso *Teitiota c. Nueva Zelanda*⁵, la cual abre la posibilidad de reinterpretar el derecho de asilo conforme a las circunstancias que enfrentan las personas migrantes climáticas. Así, se examinan las consecuencias que esta decisión puede tener en el avance hacia la ampliación del alcance del principio de no devolución y el reconocimiento del refugio y asilo climático, especialmente desde la perspectiva de los derechos humanos, con el fin de aportar propuestas que permitan trascender los parámetros establecidos en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 —aprovechando la celebración de su 70.º aniversario en 2021— y así promover el reconocimiento y protección de los movimientos forzados de personas inducidos por el cambio climático, poniendo la dignidad humana y el derecho a la vida en el centro.

² Véase, por ejemplo, Naciones Unidas, «Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible», Doc. A/74/161, 15 de julio de 2019, §§ 28-29.

³ Consultar los informes de evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC): *El cambio climático: evaluación científica del IPCC: Informe Final del grupo de trabajo I* (Cambridge University Press, Nueva York, 1990); y *Cambio climático 2007: Informe de síntesis: resumen para responsables de políticas* (2007), 5, 6, 12, 13.

⁴ ACNUR, *Tendencias globales*, 2011. Disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2012/8850.pdf>.

⁵ Naciones Unidas, Dictamen aprobado por el Comité a tenor del art. 5, párrafo 4, del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación núm. 2728/2016, Doc. CCPR/C/127/D/2728/2016, 23 de septiembre de 2020. Disponible en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2f127%2fD%2f2728%2f2016&Lang=en.

2. LA FRAGILIDAD DE LA VIDA ANTE LA EMERGENCIA CLIMÁTICA

El océano Pacífico ha experimentado un gran aumento del nivel del mar, el doble del promedio mundial, lo que ha significado que islas como Kiribati (a solo 2-3 metros sobre el nivel del mar) se enfrenten a una inundación total, con las consecuencias devastadoras que ello representa para sus poblaciones⁶.

La elevación del nivel del mar y las grandes inundaciones siguen provocando la salinización de las tierras cultivables y el agua dulce, así como el hacinamiento en las únicas zonas de Kiribati que siguen siendo habitables, lo que genera violentas disputas por la tierra y facilita la rápida propagación de enfermedades. La contaminación de los suministros de agua dulce ha hecho que aproximadamente el 60 por 100 de su población tenga que obtener agua potable de las raciones nacionales. Y, debido a que muchas familias dependen de la agricultura y la pesca de subsistencia, la salud de la población se ha deteriorado a causa de tal contaminación.

En este contexto de inestabilidad e inseguridad, en 2013, Ioane Teitiota y su familia abandonaron el pequeño atolón de Tarawa, en Kiribati, para ir a Nueva Zelanda, donde después de expirar su permiso de trabajo, solicitaron el estatus de refugiado sobre la base de que el cambio climático estaba devastando Kiribati y que, por tanto, permanecer allí suponía un riesgo grave para sus vidas.

3. EN BUSCA DE REFUGIO PARA VIVIR CON DIGNIDAD

En primera instancia, el Tribunal de Inmigración y Protección de Nueva Zelanda rechazó la solicitud de asilo de Teitiota, entendiendo que este no enfrentaba objetivamente un riesgo real de ser perseguido si él y su familia eran devueltos a Kiribati, la prueba necesaria para calificar para el asilo⁷.

Teitiota apeló la denegación ante el Tribunal Superior de Nueva Zelanda argumentando que los efectos del cambio climático en Kiribati, a saber, el aumento del nivel de los océanos y la degradación ambiental, están obligando a sus habitantes a abandonar la isla.

El Tribunal Superior determinó que los impactos del cambio climático en Kiribati no calificaban al apelante para la obtención del estatus de refugiado porque este no reunía los requisitos de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951: estar sometido a una situación de persecución; ser víctima de daño grave o una violación grave de los derechos humanos en caso de

⁶ MARTYR-KOLLER, R., THOMAS, A., SCHLEUSSNER, C., NAUELS, A. y LISSNER, T., «Loss and damage implications of sea-level rise on Small Island Developing States», *Environmental Sustainability*, vol. 50, 2021, pp. 245-259.

⁷ *Teitiota v. Chief Executive of Ministry of Business, Innovation and Employment* [2014] NZCA 173 at [9].

regresar a Kiribati. Detrás de estos argumentos, el Tribunal también expresó su preocupación por ampliar el alcance de la Convención de 1951 y abrir la puerta a millones de personas que enfrentan dificultades debido al cambio climático⁸.

El caso llegó a instancias del Tribunal Supremo de Nueva Zelanda, el cual confirmó las conclusiones de los tribunales inferiores, constatando la no condición de refugiado del Sr. Teitiota de acuerdo con el Derecho internacional de derechos humanos⁹. Con esta decisión, Teitiota y su familia fueron deportados a Kiribati.

A pesar de ello, el Tribunal Supremo no descartó en su decisión la posibilidad «de que la degradación ambiental resultante del cambio climático u otros desastres naturales pueda dar pie a acogerse a la Convención de Refugiados o la jurisdicción de la persona protegida»¹⁰.

4. LA NECESARIA RECONCEPTUALIZACIÓN DE REFUGIO

Como ya se ha comentado por la Dra. Ochoa en este foro, la definición de «refugiado» y los derechos de los refugiados se regulan en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951¹¹ y su Protocolo de 1967¹². Una persona «refugiada» es quien: «Debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él»¹³.

Si bien los elementos definitorios de quién puede ser persona refugiada parecen no cubrir la realidad climática, sí existen posibilidades jurídicas para proteger a la población, como la de Kiribati, que se ve forzada a migrar a causa del cambio climático.

En primer lugar, la definición de refugio solo se aplica a las personas que ya han cruzado una frontera internacional. Este elemento se cumpliría en el caso de los PEID, pues la desaparición de su territorio conlleva, irremediablemente, el traslado de su población hacia territorios situados bajo la jurisdicción de otros Estados. En segundo lugar, es verdad que existen dificultades en la caracterización del cambio climático o la degradación ambiental como «perse-

⁸ *Teitiota v. Chief Executive of the Ministry of Business Innovation and Employment* [2013] NZHC 3125 (26 November 2013) para. 27.

⁹ *Teitiota v. Chief Executive of the Ministry of Business, Innovation, and Employment* [2015] NZSC 107.

¹⁰ Naciones Unidas, cit. *supra*, nota 5, § 2.10.

¹¹ Adoptada el 28 de julio de 1951, entrada en vigor el 22 de abril de 1954, 189 UNTS 137.

¹² Adoptado el 31 de enero de 1967, entrada en vigor el 4 de octubre de 1967, 606 UNTS 267.

¹³ Convención sobre los Refugiados, nota 7, art. 1 A(2).

cución». Pero si se entiende que «persecución» implica violaciones de los derechos humanos que son suficientemente graves, debido a su naturaleza inherente o debido a su repetición¹⁴, entonces en el contexto del cambio climático este elemento se cumple, salvo con la problemática de identificar un «perseguidor». En este sentido, si se considera que los gobiernos de los PEID como el de Kiribati no son responsables del cambio climático, ni desarrollan políticas que aumentan sus efectos negativos en determinados sectores de la población, se podría argumentar que el «perseguidor», en este caso, serían los Estados cuyas emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) —históricas y actuales— han contribuido a la difícil situación que enfrentan estos países insulares¹⁵. Lo que está claro es que la falta de diligencia climática debida ha contribuido a la situación de vulnerabilidad y riesgo de muchas personas que «huyen» de los desastres meteorológicos, de evolución lenta o repentina, y que generan graves impactos sobre sus derechos y necesidades más básicas. La situación de refugio requiere la obligación de proteger de forma urgente a estas poblaciones y no debe estar condicionada a la identificación de sus perpetradores.

En tercer lugar, según la Convención de 1951, las personas refugiadas huyen de su propio gobierno (o de agentes privados de los cuales el gobierno no puede o no quiere protegerlos de ellos). Pero una persona que huye de los efectos del cambio climático no escapa de su gobierno, sino que más bien está buscando protección, incluso en los países que han contribuido al mismo. Es decir, el gobierno sigue siendo capaz y está dispuesto a proteger a su población, pero la realidad es que el Estado, como en el caso de Kiribati, no puede evitar que su futuro pueda estar en el territorio de otro Estado. Esta dificultad no debe ser un impedimento para que el Estado receptor pueda otorgar refugio y asilo climático.

Además, en relación con el elemento de la «persecución», la Convención requiere que esta sea por motivos de raza, religión, nacionalidad, opinión política o pertenencia a determinado grupo social. Esta cuestión es también problemática por cuanto los impactos del cambio climático son en gran medida indiscriminados, y no están vinculados a las características particulares, como los antecedentes de una persona o sus creencias. Si bien es verdad que el cambio climático afecta más negativamente algunos países, en virtud de su geografía, recursos y capacidad, no lo hace sobre la base de una característica particular, como la nacionalidad o la etnia de sus habitantes. No obstante, la realidad climática se une a otros factores políticos, económicos, sociales y culturales e indisociablemente todos ellos confluyen en la identificación de las personas afectadas por el cambio climático como parte también de «un determinado grupo social».

¹⁴ Véase también la Directiva 2004/83/EC, del Consejo, de 29 de abril, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida (2004), *DOUE* L 304/12, art. 9.

¹⁵ Consultar los informes de evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC), cit. *supra*, nota 3.

Consecuentemente, a pesar de que la Convención de 1951, enmendada por su Protocolo de 1967, es el principal instrumento de protección de las personas refugiadas¹⁶, los conceptos de «refugio climático» y «refugio ambiental» no son, en términos jurídicos, adecuados. Aún, la Convención puede aplicarse en situaciones específicas, por ejemplo, cuando «las víctimas de desastres naturales huyen debido a que su gobierno ha retenido u obstruido deliberadamente la asistencia con el fin de castigarlas o marginarlas debido a alguno de los cinco motivos [de la Convención]»¹⁷. Estas acciones pueden llevarse a cabo durante conflictos armados, situaciones de violencia generalizada, desorden público o inestabilidad política e incluso en tiempo de paz. Esto demuestra que sí hay posibilidades dentro del Derecho internacional y que los condicionantes impuestos discrecionalmente excluyen a muchas personas de ser protegidas.

A nivel regional, el estatuto de refugiado se reconoce en la Convención de la «Organización para la Unidad Africana» (OUA) sobre los Refugiados de 1969 y la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984 que amplían la definición de refugio para África y América Latina, proponiendo nuevos enfoques basados en las necesidades humanitarias de las personas en movimiento, incluyendo entre las causas del movimiento a las situaciones que han alterado gravemente el orden público, que, de cierta forma, podría resultar equiparable a la degradación ambiental como la causante de hambrunas y sequías. Aun así, la Convención de la OUA solo permite que aquellas personas que sufren «fundado temor a ser perseguidas» califiquen como refugiadas, manteniéndose uno de los inconvenientes relacionados con la Convención de Ginebra de 1951: es decir, no se recogen específicamente los motivos ambientales inductores del movimiento. Otra limitación es que estos instrumentos tienen un alcance regional, no universal, y que, en el caso de la Declaración de Cartagena, es un instrumento jurídicamente no vinculante.

5. EL REFUGIO CLIMÁTICO PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIDA

A pesar de las dificultades en que se le reconociera el estatuto de persona refugiada, Teitiota llevó su caso al CDH¹⁸. El Protocolo adicional I al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, el Pacto) permite interponer denuncias individuales por vulneración de derechos humanos contemplados en el Pacto contra un Estado que lo haya ratificado. Teitiota activó este procedimiento, alegando que al devolverlo por la fuerza a Kiribati, Nueva Zelanda había violado su derecho a la vida en virtud del art. 6 del Pac-

¹⁶ Declaración de los Estados parte de la Convención de 1951 y/o el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967, párr. 4, Doc. ONU HCR/MMSP/2001/09, de 16 de enero de 2002. Disponible en www.acnur.org/biblioteca/pdf/0747.pdf.

¹⁷ ACNUR, «Desplazamiento forzado en el contexto del cambio climático: Desafíos para los Estados en virtud del derecho internacional», presentado en la 6.ª reunión del Grupo de Trabajo Especial sobre la cooperación a largo plazo en el marco de la Convención, 20 de mayo de 2009, pp. 9-10.

¹⁸ Naciones Unidas, cit. *supra*, nota 5.

to, en la medida que el aumento del nivel del mar resulta en: la reducción de un espacio habitable, lo que ha provocado disputas violentas sobre acceso a la tierra y que pone en peligro su vida, así como también la degradación ambiental, incluyendo la contaminación salina de las fuentes de agua potable.

El CDH tuvo que determinar si Nueva Zelanda había incumplido su deber de no expulsar a Teitiota, y si existían pruebas suficientes de un inminente, o probable, riesgo de privación arbitraria de la vida al regresar a Kiribati. Por tanto, no era necesario que se produjera una pérdida de la vida para infringir el art. 6.

Para determinar si se había incumplido el deber, el CDH consideró tres puntos: si los tribunales de Nueva Zelanda habían tenido debidamente en cuenta el cambio climático al decidir que Teitiota podía permanecer en Kiribati; si el gobierno de Kiribati estaba tomando medidas para reducir el impacto del cambio climático; y, por último, si existía una amenaza «inminente» para la vida (el umbral mínimo requerido para establecer una infracción del art. 6).

Las dos primeras consideraciones fueron positivas. Sin embargo, en relación con la tercera, aunque el CDH aceptó la evidencia de Teitiota de que «es probable que el aumento del nivel del mar haga que Kiribati sea inhabitable», decidió que, debido a que esto podría llevar de diez a quince años, todavía había tiempo suficiente para que Kiribati y otras naciones adoptaran medidas para mitigar la crisis o adaptarse a ella. En consecuencia, rechazó su petición sobre la base de que no estaba en riesgo inminente de ser privado arbitrariamente de la vida cuando fue expulsado a Kiribati.

A pesar de no quedar demostrada la violación del derecho a la vida, esta decisión constituye, dentro sus limitaciones, un avance importante en el establecimiento de nuevos estándares que podrían impedir la deportación y facilitar el éxito de futuras solicitudes de asilo relacionadas con el cambio climático y, sobre todo, visibilizar la urgente necesidad de protección de quienes menos contribuyen al calentamiento global, pero que son los más impactados por sus efectos.

Los principales retos jurídicos internacionales que plantea la decisión del Comité en relación con los movimientos migratorios climáticos son: cómo los impactos del cambio climático exponen a muchas personas a sufrir situaciones, equiparables a los tratos crueles e inhumanos¹⁹, que comprometen el derecho humano a la vida; cómo entender el principio de no devolución o *non-refoulement* a la luz de esta nueva interpretación; y, cómo responder a la situación de apatridia *de facto* que puede generarse a causa de la migración climática.

En respuesta a estos planteamientos, el CDH establece las siguientes cuestiones determinantes para la reconceptualización del principio de no devolución:

¹⁹ Entendiendo estos como actos que agreden o maltratan intencionalmente a una persona. Estas acciones buscan castigar o quebrantar la resistencia física o emocional de una persona. Art. 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 1 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; arts. 7 y 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y art. 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

— La obligación jurídica general impuesta a los Estados parte en el Pacto, referida al deber de proteger y de no extraditar, deportar o expulsar a una persona de su territorio, cuando existan motivos fundados para creer que existe un riesgo real de daños irreparables, como el contemplado en los arts. 6 y 7 del Pacto, debido a los efectos del cambio climático.

— El riesgo debe ser personal, que no puede derivarse simplemente de las condiciones generales en el Estado receptor, excepto en los casos más extremos.

— La obligación de no extraditar, deportar o transferir de otro modo de conformidad con el art. 6 del Pacto puede ser más amplia y puede requerir la protección de extranjeros que no tienen derecho al estatuto de refugiado.

— La obligatoriedad para los Estados de permitir que todos los solicitantes de asilo que reclaman un riesgo real de violación de su derecho a la vida en el país de origen accedan a los procedimientos de determinación del estatuto de refugiado.

Al crear estas obligaciones de derechos humanos en el contexto del cambio climático, el CDH reitera la interdependencia entre los Estados que cumplen los derechos sociales y económicos, así como los derechos civiles y políticos, como el derecho a la vida.

Respecto al derecho a la vida, el Comité recuerda que este no puede entenderse adecuadamente si se interpreta de manera restrictiva, y que la protección de ese derecho requiere que los Estados adopten medidas positivas, lo cual, en el caso del cambio climático, supondría proporcionar acceso a alimentos, agua, saneamiento, vivienda y electricidad, junto con planes de gestión de desastres. El derecho a la vida incluye también el derecho de las personas a disfrutar de una vida digna y a estar libres de actos u omisiones que causarían su muerte antinatural o prematura.

Finalmente, cabe destacar el voto disidente de dos de los miembros del CDH respecto al caso concreto. Ellos puntualizaron que proteger el derecho a la vida significa defender la «santidad de la vida y la dignidad humana» y que el Comité había impuesto una carga de prueba irrazonable a Teitiota para demostrar que no tenía acceso a agua potable y saneamiento, especialmente porque las personas fallecidas en Kiribati ya deberían ser prueba suficiente de la gravedad de la situación y porque debería ser responsabilidad de Kiribati demostrar que se toman «medidas positivas para proteger la vida de los riesgos derivados de los peligros naturales conocidos», más cuando, en el caso de Kiribati, las medidas diseñadas en las políticas de agua y saneamiento aún no se habrían implementado²⁰.

6. CONCLUSIÓN: ANTE TODO, PROTEGER LA VIDA

Paradójicamente, aunque el Derecho internacional resulte inadecuado para responder a los desafíos climáticos que experimentan miles de perso-

²⁰ Naciones Unidas, cit. *supra*, nota 5, pp. 15 y ss.

nas en el mundo, en él también se encuentran las posibilidades para dar una respuesta a este desafío. La decisión del CDH ha dado una muestra de ello cuando establece que los países no pueden deportar a las personas que se enfrentan a condiciones de riesgo inducidas por el cambio climático y que violan su derecho a la vida. Sin embargo, tras denegar la solicitud de Teitio-ta, la cuestión es: ¿se debe esperar a que la situación de una persona sea tan extrema y de tal gravedad para poder proteger su vida, especialmente cuando los países no están haciendo lo suficiente para responder a las causas y consecuencias de la emergencia climática?

Con todo, esta decisión es importante pues puede contribuir a ampliar el alcance de la protección de las personas migrantes climáticas, incidiendo en un aumento de solicitudes de asilo y promoviendo la necesaria reconceptualización de la obligación de *non-refoulement*: ya sea de forma indirecta, con el otorgamiento, a nivel nacional, de los llamados «asilos climáticos», como los ya concedidos en algunos países como Suecia, Finlandia o Francia que, aunque basados en consideraciones de asistencia humanitaria, al menos es un primer paso; o bien directa, mediante actualizaciones normativas, a nivel de la Unión Europea y de los Estados, para reconocer la realidad de los movimientos forzados de personas por el cambio climático. Esta protección también debería extenderse a los ordenamientos jurídicos internos, con la posibilidad de reconocer el derecho de asilo a otras realidades que inducen los movimientos migratorios. Por ejemplo, en España, a través de la modificación de la Ley 12/2009 reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, se ha incluido una definición de estatuto de persona refugiada mucho más amplia que la establecida en la Convención de 1951, comprendiendo también la persecución por cuestiones de género u orientación sexual (art. 3). ¿Por qué no ampliar esta protección a la mayoría de personas que huyen de la irresponsabilidad climática de unos cuantos y que buscan protección cruzando fronteras internacionales? Jurídicamente no hay obstáculos para proteger la vida, políticamente sí.

Palabras clave: migración climática, principio de *non-refoulement*, refugio climático, asilo climático, emergencia climática, derecho a la vida.

Keywords: climate migration, principle of non-refoulement, climate refuge, climate asylum, climate emergency, right to life.





Revista Española de Derecho Internacional
Sección FOROS
¿Entre migración y refugio? Desplazamientos por causas climáticas
e inadecuación normativa (I): la necesidad de buscar respuestas
adecuadas en el ámbito universal y en ciertos espacios regionales/
*Between migration and refuge? Displacements caused by climate
and normative inadequacies (I): the need to seek adequate responses
at the universal level and in some regional spaces*
Vol. 73/2, julio-diciembre 2021, Madrid, pp. 409-415
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.73.2.2021.2c.03>
© 2021 Asociación de Profesores
de Derecho Internacional
y Relaciones Internacionales
ISSN: 0034-9380; E-ISSN: 2387-1253

LA PROTECCIÓN REGIONAL DE LOS MIGRANTES CLIMÁTICOS EN AMÉRICA LATINA

REGIONAL PROTECTION OF CLIMATE MIGRANTS IN LATIN AMERICA

Justo CORTI VARELA*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LAS DEFINICIONES DE REFUGIADOS AMPLIADAS.—3. LA PROTECCIÓN SUBSIDIARIA Y EL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN EN EL CONTEXTO LATINOAMERICANO.—4. CONCLUSIÓN: HACIA UNA NUEVA COSTUMBRE REGIONAL.

1. INTRODUCCIÓN

Como ya se ha dicho en este foro¹, actualmente se carece de una definición legal de refugiado climático y la opinión mayoritaria, hasta la fecha, es que los elementos que normalmente se vinculan a los «migrantes climáticos»² difícilmente cabrían en la definición de la Convención de Ginebra de 1951 y su Protocolo de 1967. Las respuestas que se vienen dando desde las instituciones europeas³, o individualmente desde países europeos⁴, es a través de la protección subsidiaria (y temporal) por motivos humanitarios. Y en todo caso a través de interpretaciones jurisprudenciales aplicando el princi-

* Profesor de Derecho Internacional Público de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) (jcorti@der.uned.es).

¹ Véanse las contribuciones de las Profesoras Ochoa y Borràs/Villavicencio-Calzadilla.

² Véase la definición de «migración climática» la OIM citada por las Profesoras Borràs y Villavicencio-Calzadilla.

³ Véanse, en este mismo foro, los trabajos de las Profesoras Fernández y Felipe, que aparecerán en la Parte II de este mismo Foro, que será publicada en el núm. 2022-1.

⁴ Véanse las contribuciones de las Profesoras Felipe y Borràs/Villavicencio-Calzadilla en relación con Finlandia, Suecia y Francia.



pio *non-refoulement* sobre la base del Derecho internacional⁵ y europeo⁶ de protección de los derechos humanos.

Más allá de Europa, los sistemas regionales pueden mejorar la protección que brinda el Derecho internacional a los migrantes climáticos. Sea a través de una ampliación de la definición de refugiados, como hacen la Convención de la Organización Unión Africana (OUA) y la Declaración de Cartagena. O bien promoviendo documentos de *soft law* que impulsen la protección subsidiaria y la aplicación del principio *non-refoulement*.

En esta nota trataremos la protección regional en zonas del «Global South» (principalmente América Latina) buscando dar una perspectiva diferente a la protección de los migrantes climáticos. Primero, porque se abordan desplazamientos sur-sur, donde el componente de migración económica está atenuado. Segundo, porque por sus características geográficas⁷ estas zonas sufren con mayor intensidad los efectos del cambio climático y/o la agravación que este produce en los desastres naturales. Finalmente, al abarcar países en desarrollo o menos desarrollados, porque sus carencias en materia de gobierno, infraestructuras, capacidad sanitaria y tejido económico hace que los efectos sean más intensos y duraderos.

Por motivos metodológicos, y dada la carencia de una definición oficial, en este texto hablaremos indistintamente de migrantes climáticos, migrantes ambientales y desplazados por desastres naturales, aunque su relación con el cambio climático no esté demostrada, o este se considere solo un agravante a sus efectos.

2. LAS DEFINICIONES DE REFUGIADOS AMPLIADAS

La Convención OUA sobre Refugiados⁸ es el primer instrumento regional, y vinculante, que amplía la definición de la Convención de Ginebra a personas que se vieran forzadas a abandonar su país de residencia debido a «una agresión exterior, una ocupación o una dominación extranjera, o de *acontecimientos que perturben gravemente el orden público*»⁹. Esta última posibilidad fue utilizada por Kenia (principal destino) y Etiopía para reconocer el estatus de refugiado *prima facie* a los desplazados somalíes durante las hambrunas producidas por las sequías en el cuerno de África entre 2009 y 2012, aunque no hubiere un contexto de violencia¹⁰. Posteriormente, en la Consulta Re-

⁵ En relación con el caso *Teitioti*, véase la contribución de la Profesora Ochoa.

⁶ Véase la contribución de la Profesora Fernández.

⁷ Huracanes en el Caribe, sequías en el Sáhara y su entorno, inundaciones en las cuencas del Plata y del Congo, el fenómeno Niño/Niña en Sudamérica y ciclos similares en el cuerno de África, terremotos en los Andes y México.

⁸ Convención OUA por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África, aprobada por la Asamblea de Jefes de Estado, Addis Abeba, 10 de setiembre de 1969. Serie de Tratados de las NNUU, 1, 14, 691.

⁹ *Ibid.*, art. 1.2. Las cursivas son nuestras.

(Véase nota 10 en página siguiente)

gional de la Iniciativa Nansen (IN), los participantes manifestaron que esta posibilidad no se debería aplicar a situaciones donde la violencia estuviera totalmente ausente¹¹.

Por su parte, inspirándose en la larga tradición latinoamericana de asilo, la Declaración de Cartagena sobre Refugiados¹² intentó adaptar algunos elementos de la Convención de Ginebra y su Protocolo a la realidad regional. La definición insta a incluir en el concepto de refugiado, además de los supuestos de persecución del Derecho internacional:

«a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazados por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público»¹³.

Si bien el contexto histórico que la impulsó (guerra civil de Nicaragua, El Salvador y Guatemala, donde muchos desplazados lo hacían por la alteración del orden público y no debido a una persecución específica) no se relaciona con la migración climática, el hecho de que esta remita expresamente a la Convención de la OUA¹⁴ donde así se ha aplicado; y que, además, los Estados la hayan incorporado ampliamente en su legislación interna a pesar de su carácter no vinculante¹⁵, ha propiciado que varios autores propongan su utilización al caso que nos ocupa, en particular, cuando un desastre natural altere el orden público en contextos de debilidad institucional previa¹⁶.

Brasil y México hicieron uso de esta definición para desplazados por desastres naturales durante la crisis provocada por el terremoto en Haití en

¹⁰ Nota de prensa del Gobierno de Kenia *on the Refugee and Drought Situation in the Country*, 21 de julio de 2011: «*The current influx of refugees into Kenya is of Somalis seeking food and not people running away from violence. The refugees are coming into Kenya to get food due to the severe drought situation in Somalia*». KOLMANNKOG, V. y TAMER A., «Disaster-Related Displacement from the Horn of Africa» Informe UNU-EHS, marzo de 2014, núm. 15, p. 43; WEERASINGHE, S., «In Harm's Way: International Protection in the Context of Nexus Dynamics Between Conflict or Violence and Disaster or Climate Change», UNHCR, 2018, p. 98; WOOD, T., «Protection and Disasters in the Horn of Africa: Norms and Practice for Addressing Cross-Border Displacement in Disaster Contexts», IN, 2013, p. 25; SCOTT, M., *Climate Change, Disasters and the Refugee Convention*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 147 y 156.

¹¹ Informe final de la Consulta Regional de la IN, *Natural Hazards, Climate Change and Cross-Border Displacement in the Greater Horn of Africa: Protecting People on The Move*, Nairobi, 21-23 de mayo de 2014, esp. conclusiones (p. 10). Según los testimonios recogidos en WEERASINGHE (*ibid.*, p. 99), en el caso somalí, el contexto preexistente a la hambruna incluía suficiente violencia e inseguridad como para justificar el estatuto.

¹² Declaración de Cartagena sobre Refugiados, adoptada por el «Coloquio sobre la protección internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios», celebrado en Cartagena (Colombia) del 19 al 22 de noviembre de 1984.

¹³ *Ibid.*, conclusión tercera. Las cursivas son nuestras.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México Nicaragua, Paraguay, Perú y Uruguay.

¹⁶ TERMINIELLO, J., «Los desastres naturales, el cambio climático y la protección de los derechos humanos. Realidades y desafíos frente al desplazamiento forzado», en LETTIERI, M. (ed.), *Protección internacional de los refugiados en el sur de Sudamérica*, Buenos Aires, Universidad Nacional de Lanús, 2012, pp. 131-176, esp. p. 161; SÁNCHEZ-MOJICA, B. E., «Refugiados ambientales. Una propuesta de protección de los desplazados transnacionales por motivos ambientales en América Latina», *Revista Latinoamericana de Derecho*, vol. 5, 2020, pp. 71-96, esp. p. 84.

2010. En el caso de Brasil, fue utilizada de forma provisional admitiendo solicitudes de refugio mientras se perfilaba una estrategia en la Comisión Nacional de los Refugiados (CONARE)¹⁷. Así se evitó una situación de irregularidad. Sin embargo, nunca se llegaron a tramitar. En México, en cambio, se tramitaron solicitudes de refugio y muchas fueron admitidas¹⁸. También se registraron reconocimientos aislados por parte de Perú, Panamá y Ecuador, este último a través de una interpretación especialmente flexible¹⁹.

Caso especial es el de Cuba, que no es parte de los tratados internacionales de protección internacional de refugiados y sigue una política particular. En su reglamento de 1978 reconoce como «refugiado» a extranjeros que emigren «por cataclismo u otros fenómenos de la naturaleza y que permanece[zcana] en Cuba, en tanto se restablezcan las condiciones normales en su país de origen»²⁰.

Salvo estos casos particulares, la definición regional hasta ahora no se ha aplicado abiertamente a migrantes climáticos. La interpretación que hizo la Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos en 1989, exigiendo que las perturbaciones al orden público «deb[a]n ser resultado de actos del hombre y no de desastres naturales»²¹, parece desechar dicha posibilidad. Cabe preguntar si el cambio climático no cabría dentro de «actos del hombre»²². En esta línea hay autores²³ que promueven una relectura de la definición de Cartagena sobre la base de la interpretación evolutiva y al principio *pro homine* que defiende la CIDH.

3. LA PROTECCIÓN SUBSIDIARIA Y EL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN EN EL CONTEXTO LATINOAMERICANO

Ante las dificultades para aplicar las definiciones regionales, como ya ha ocurrido en el caso europeo²⁴, la protección subsidiaria se abre paso.

¹⁷ En la CONARE, y también en el Instituto Nacional de Migración (Brasil), se debatió utilizar el penúltimo supuesto («violación masiva de los derechos humanos») de la Declaración, aunque finalmente se prefirió acudir a la protección subsidiaria. PACHECO PACÍFICO, A. *et al.*, «The migration of Haitians within Latin America: significance for Brazilian law and policy on asylum and migration», en CANTOR, D. *et al.* (eds.), *A Liberal Tide? Immigration and asylum law and policy in Latin America*, Londres, Institute of Latin American Studies, 2015, pp. 139-152, esp. p. 142.

¹⁸ Para ambos casos (Brasil y México) véase WEERASINGHE, *op. cit.*, nota 11, esp. p. 94. El informe también compara estos dos supuestos con los de Kenia y Etiopía antes mencionados.

¹⁹ CANTOR, D. J., *Leyes, políticas y prácticas en materia de protección temporal humanitaria de extranjeros en el contexto de desastres: Documentos de referencia*, NRC/IDMC, 2015, pp. 19-20.

²⁰ Decreto 26 (Reglamento de la Ley de Migraciones), de 19 de julio de 1978 (Cuba), art. 80.

²¹ CIREFCA, *Principios y criterios para la protección y asistencia a los refugiados, repatriados y desplazados en América Latina*, abril de 1989, CIREFCA 89/9, párr. 33. Este texto, aunque tampoco es vinculante, dada su aceptación ha sido considerado con un valor equivalente a la Declaración de Cartagena. Véase ARBOLEDA, E., «Refugee Definition in Africa and Latin America: The Lessons of Pragmatism», *International Journal of Refugee Law*, vol. 3, 1991, núm. 2, pp. 185-207.

²² CANTOR, *op. cit.*, nota 20, p. 20, donde se pregunta cuál es el contenido de «acto del hombre».

²³ SÁNCHEZ-MOJICA, *op. cit.*, nota 17, p. 85.

²⁴ Véanse las contribuciones de las Profesoras Felipe y Fernández.

El huracán Mitch y la crisis haitiana proporcionaron, primero, mecanismos excepcionales de acogimiento elaborados *ad hoc*²⁵, y luego, reformas legislativas tendentes al acogimiento de migrantes ambientales. Argentina fue el primero en fijar una norma general para acoger por razones humanitarias a:

«personas que, a pesar de no requerir protección internacional, transitoriamente no pueden retornar a sus países de origen en razón de las condiciones humanitarias prevalecientes o debido a las consecuencias generadas por desastres naturales o ambientales ocasionados por el hombre»²⁶.

Bolivia incluyó en 2013 dentro de su Ley de migraciones la posibilidad de admitir a desplazados «debido o por efectos del cambio climático»²⁷. México, en la reglamentación de 2014²⁸, creó un visado por un año (renovable), a personas que se han visto obligadas a abandonar su país de origen debido a catástrofe o desastre natural. En el Perú se incluye, desde 2015, dentro de la categoría de «calidad migratoria humanitaria», a «los solicitantes de refugio y asilo o para quienes hayan migrado por motivos de desastres naturales y medioambientales»²⁹. Ecuador estableció en 2016 una visa por «razones excepcionales de índole humanitaria por ser víctima de desastres naturales o ambientales»³⁰. También en 2016 Guatemala modificó su Código de migraciones para incluir una autorización para el ingreso de personas provenientes de países vecinos víctimas de catástrofes naturales³¹. Brasil, en su Ley migratoria de 2017, incluye una visa humanitaria «por desastres ambientales» que da lugar a una residencia humanitaria por dos años (renovable)³².

Estos mecanismos de protección subsidiaria establecidos por los Estados latinoamericanos, si bien están en sintonía con los principios de protección de los derechos humanos que promueven los sistemas regionales, no están

²⁵ En relación con el huracán Mitch: Decreto 27457-G-RE de 1 de febrero de 1998 (Costa Rica), Decreto 94-98, de 21 de diciembre de 1998 (Nicaragua) y Decreto 34, de 9 de febrero de 1999 (Panamá). En relación con el terremoto en Haití: Disposición DI-2017-1143-APNDNM# MI. Dirección Nacional de Migraciones (Argentina), Medida de regularización temporal para grupo específico con base en consideraciones humanitarias afectados directamente por desastres de origen natural (residencia por dos años exento del pago de tasas). Resolución Normativa 97 del 12 de enero de 2012 del CNI (Brasil) regularización migratoria para ciudadanos haitianos (visado permanente por cinco años renovable). Decreto Ejecutivo 248 de febrero de 2010 (Ecuador): Programa de regularización para grupo específico (mientras dura la emergencia por la catástrofe natural en Haití).

²⁶ Decreto 61672010, esp. art. 24(h).

²⁷ Ley de migraciones 370/2013, art. 65. Pendiente de reglamentación.

²⁸ Lineamientos Generales para la expedición de visas que emiten las secretarías de Gobernación y de Relaciones Exteriores. «Visa de visitante sin permiso para realizar actividades remuneradas, solicitada al Instituto por razones humanitarias», 10 de octubre de 2014.

²⁹ Decreto Legislativo 1236/2015, art. 59. Decreto Legislativo 1350/2017, art. 29.2(k). Decreto Supremo 007-2017-IN, art. 91.

³⁰ Ley Orgánica de Movilidad Humana de 5 de enero de 2017, arts. 58 y 66(5), y Decreto Ejecutivo 111/2017, art. 55.

³¹ Código de Migraciones modificado por Decreto 44/2016, de 12 de octubre, art. 68.

³² Ley 13.445, de 24 de mayo de 2017, arts. 14 (visado) y 30 (residencia), y Decreto 9199/2017, arts. 36 (visado) y 142 y 145 (residencia).

coordinados a nivel regional. Esto hace que la protección sea variable según el Estado de acogida y, en muchos casos, su reconocimiento discrecional.

En un intento de lograr cierta coordinación, dos documentos regionales no vinculantes instan a los Estados a desarrollar medidas de protección complementarias para desplazados por desastres naturales. El primero es la Guía de la Conferencia Regional de Migraciones (CRM)³³, un desarrollo regional de la «Agenda para la protección de las personas desplazadas a través de fronteras en el contexto de desastres y cambio climático» de la IN. La Guía insta a los Estados a proteger a los migrantes climáticos, bien a través de las categorías migratorias regulares, bien por medio de categorías migratorias excepcionales, e incluso utilizando las categorías de refugiado y protección de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos, en particular cuando haya un contexto de violencia³⁴. Al no rechazar esta posibilidad, la Guía pide a los Estados que estudien individualmente las solicitudes de refugio para darles el curso correspondiente, lo que implica en la práctica una protección temporal³⁵. En relación con las limitaciones a la discrecionalidad en el otorgamiento de protección, fundándose en la legislación internacional y la jurisprudencia regional, concluye que cuando por el contexto de desastre el derecho a la vida (o el interés superior del menor)³⁶ están en juego, no hay posibilidad de denegar cierta protección, lo que conlleva a la aplicación del principio de no devolución³⁷.

El segundo documento contiene los *Lineamientos*³⁸ de la Conferencia Sudamericana sobre Migraciones (CSM). Este documento no promueve la creación de nuevos marcos legislativos, sino la interpretación de los existentes. Destaca el acento que se pone en la aplicación del principio de no devolución a cualquier persona forzada a cruzar una frontera internacional como consecuencia directa del impacto de un desastre, ampliando la protección del Derecho internacional consuetudinario³⁹.

³³ Guías prácticas eficaces para la protección para personas que se desplazan a través de fronteras en el contexto de desastres, CRM-IN, 2016. En este documento se trata de forma equivalente a desastres naturales y efectos consecuencias del cambio climático (p. 4). El documento fue elaborado por la IN para la CRM al que pertenecen: Belice, Canadá, Costa Rica, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá y República Dominicana. Se funda en otros documentos anteriores, como la Declaración de Brasilia y su Plan de Acción (diciembre de 2014) como parte del proceso Cartagena +30.

³⁴ *Ibid.*, p. 13.

³⁵ *Ibid.*, p. 22.

³⁶ CIDH, Opinión Consultiva, Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional (2014) Serie A, núm. 21. Según esta opinión, no se puede devolver a un niño, niña o adolescente a un país si esto no es en su interés superior (párrs. 222, 231 y 232).

³⁷ Guías, *op. cit.*, nota 34, p. 15

³⁸ CSM, «Lineamientos regionales en materia de protección y asistencia a personas desplazadas a través de fronteras y migrantes en países afectados por desastres de origen natural», Oficina Regional de la OIM para América del Sur, 2019. Forman parte de la CSM Argentina, Brasil, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Surinam y Venezuela.

³⁹ *Ibid.*, p. 21. Asimismo, en la p. 24, siguiendo la Agenda Nansen, define «desplazamiento en contexto de desastre» a aquellos originados «por el hecho que las personas afectadas están: i) expuestas

4. CONCLUSIÓN: HACIA UNA NUEVA COSTUMBRE REGIONAL

La experiencia regional, en particular la latinoamericana, demuestra que, aunque posible, aún no está consolidada la ampliación del concepto de refugiado a migrantes climáticos/ambientales. Los casos en donde se ha aplicado son puntuales, y suelen corresponder a personas provenientes de Estados donde preexistía violencia generalizada o gran debilidad institucional. La doctrina promueve una revisión de la interpretación que restringe la definición de la Declaración de Cartagena a actos del hombre fundándose, entre otros, en el principio *pro homine* de la jurisprudencia de la CIDH.

La protección subsidiaria es la preferida y se ha desarrollado más allá de los supuestos humanitarios generales, incluyéndose en las normas nacionales visados y permisos específicos para desastres naturales, causas climáticas o ambientales. Hay iniciativas regionales de *soft law* que promueven y coordinan esta protección, e impulsan el reconocimiento del derecho de no devolución exclusivamente por causas ambientales. Estos documentos buscan comprometer a los Estados a dar una respuesta efectiva a estos migrantes climáticos, sin importar qué instrumento legal se utilice (refugio con la definición del Derecho internacional general o regional, protección subsidiaria, legislación migratoria). Esto nos hace concluir que está emergiendo en América Latina una nueva costumbre regional que protege a los migrantes climáticos (como mínimo aplicándoseles el principio de no devolución) por el simple hecho de ser persona y haber sido forzada a cruzar una frontera como consecuencia directa de un desastre natural u otra afectación relacionada con el cambio climático. Esta costumbre (en formación) se encuadraría en el Derecho internacional latinoamericano de protección de los derechos humanos.

Palabras clave: migración climática, Declaración de Cartagena, protección subsidiaria, América Latina.

Keywords: climate migration, Cartagena Declaration, subsidiary protection, Latin America.

a ii) una amenaza natural en una situación donde iii) son muy vulnerables y carecen de la resiliencia para resistir el impacto de esa amenaza».



**DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO EN EL CONTEXTO
DE LAS MIGRACIONES/
*ANTIDISCRIMINATORY LAW IN THE CONTEXT
OF MIGRATIONS***

**MIGRACIONES Y DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN
DE GÉNERO: LAS DISTINTAS VIOLENCIAS CONTRA
LAS MUJERES Y NIÑAS EN LAS NORMATIVAS
DE EXTRANJERÍA Y DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL**

***MIGRATION AND GENDER-BASED DISCRIMINATION:
THE DIFFERENT VIOLENCES AGAINST WOMEN
AND GIRLS FROM THE PERSPECTIVE OF THE RULES
ON THE STATUS OF FOREIGNERS AND INTERNATIONAL
PROTECTION***

Carmen RUIZ SUTIL*

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO.—2. MIGRACIONES VOLUNTARIAS DE MUJERES Y NIÑAS EXTRANJERAS Y LAS MÚLTIPLES VIOLENCIAS DE GÉNERO.—3. MIGRACIONES FORZOSAS DE MUJERES Y NIÑAS PERSEGUIDAS.—4. REFLEXIONES FINALES.

* Profesora Titular de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Granada (ruizsuti@ugr.es). Este estudio se realiza en el marco del proyecto de I+D+i «Violencias de género y subordinación estructural: implementación del principio del *gender mainstreaming*», PID2019-108526rb-i00/aei/10.13039/501100011033 y del Programa Operativo Feder-Andalucía 2014-2020, B-SEJ-101-UGR18, 30BH04F301: PROMENAJ.EXT: «Herramientas de Derecho internacional privado para la protección de los niños y niñas, adolescentes y jóvenes en situaciones transfronterizas: identificación de problemas y propuesta de solución desde la perspectiva de género». Todas las páginas web mencionadas en este estudio han sido consultadas el 7 de mayo de 2021.

1. PLANTEAMIENTO

La arquitectura internacional de los derechos humanos de las mujeres, como la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)¹, apela a atajar las vulnerabilidades específicas de dicho colectivo para revelar brechas, desigualdades y, sobre todo, protegerlo de las violencias de género. Dicha expresión hace alusión a una de las violencias más crueles derivadas de la disparidad entre hombre y mujer, presentando formas múltiples, interrelacionadas y recurrentes en diversos ámbitos, privado o público, incluidos entornos tecnológicos y que trasciende las fronteras nacionales en el mundo globalizado contemporáneo². Estas dinámicas de violencia se acentúan en la población migrante femenina, donde concurren discriminaciones múltiples que se interseccionan³ y factores diferenciales, como el impacto de una situación administrativa de irregularidad, de la limitación geográfica de actividad laboral o del temor a una posible expulsión. Ello ocasiona que las extranjeras queden más afectadas y expuestas a todas las variantes de la violencia machista⁴.

Este trabajo se dedica al análisis de las situaciones administrativas de las migrantes que han sufrido las diversas formas de la violencia contra la mujer establecidas en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁵ (LOE) o, en su caso, en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria⁶ (Ley de Asilo).

En España, el despliegue de las políticas migratorias ha ido en paralelo al desarrollo de las de igualdad de género, aunque las legislaciones de extranjería y de asilo han sido prácticamente neutras al género. Por esta razón, en las siguientes páginas se insistirá en la incorporación a las normativas objeto de estudio del *gender mainstreaming*, herramienta analítica expuesta en la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres de Beijing⁷, además de verificar

¹ Instrumento de Ratificación de 16 de diciembre de 1983 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979, BOE núm. 69, de 21 de marzo de 1984.

² Definición extraída de la Recomendación general núm. 35 del Comité de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW/C/GC/35, de 26 de julio de 2017).

³ EXPÓSITO MOLINA, C., «¿Qué es eso de la interseccionalidad? Aproximación al tratamiento de la diversidad desde la perspectiva de género en España», *Investigaciones Feministas*, vol. 3, 2012, pp. 203-222, esp. p. 220.

⁴ VVAA, *Los efectos de la migración en las mujeres y las niñas migrantes: una perspectiva de género*. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, de 15 de abril de 2019, en Asamblea General de NNUU (A/HRC/41/38).

⁵ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000.

⁶ Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, BOE núm. 263, de 31 de octubre de 2009.

⁷ GIL RUIZ, J. M.^a, *La interpretación de las normas bajo una perspectiva de género*, Consejo General del Poder Judicial, 2013, en www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia_domestica_y_de_genero/actividad_del_observatorio.

los principales instrumentos internacionales que afrontan el grave problema de la violencia de género en todas sus variaciones, como es el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica de 2011 (Convenio de Estambul). Justamente, el Capítulo VII de dicho texto internacional se dedica a la residencia y al derecho de asilo de las víctimas migrantes que han sufrido la violencia de género⁸, normativa jurídicamente vinculante para España como Estado signatario del mismo⁹.

Dadas las características de esta sección y la enorme complejidad de la violencia de género, no será posible emprender el estudio de la cuestión con la amplitud deseada. Por esta razón, nos ceñiremos a aquellos aspectos más controvertidos que nos permitan reflexionar sobre los desafíos de las violencias de género y su reflejo en la legislación concerniente al contexto de las migraciones actuales.

2. MIGRACIONES VOLUNTARIAS DE MUJERES Y NIÑAS EXTRANJERAS Y LAS MÚLTIPLES VIOLENCIAS DE GÉNERO

El Convenio de Estambul se convirtió en un hito y viene obligando a los Estados a combatir todas las variantes de esta violencia estructural. A pesar de que España ha sido un país pionero en la persecución y eliminación de cualquier forma de violencia ejercida sobre la mujer, nuestro Derecho de extranjería no ha atendido aún al concepto holístico de la violencia de género¹⁰. Los esfuerzos del legislador estatal, hasta el momento, se han dirigido primordialmente a la violencia contra la mujer ejercida en el ámbito de la pareja o expareja, conforme a las exigencias de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género¹¹. Por esta razón, el art. 19.2 LOE aboga por una autorización independiente de residencia y trabajo para la mujer reagrupada cuando fuera víctima de violencia de género y el art. 31 bis LOE regula una autorización específica por circunstancias excepcionales para la extranjera en situación irregular que sufre malos tratos, soluciones acordes al mandato del art. 59 del Convenio de Estambul. No obstante, el informe Grevio de 2019 anima a las autoridades españolas a que revisen los altos umbrales de suficiencia pro-

⁸ Sobre el tema, véase PAROLARI, P., «Violencia contra la mujer, migración y multiculturalidad en Europa», *Derecho PUCP*, 2019, núm. 83, pp. 357-386; PERAMATO MARTÍN, T., «Mujeres migrantes y violencia de género», *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, 24 de julio de 2018, núm. 2, en *El Derecho.com* (EDC 2018/516893).

⁹ Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, *BOE* núm. 137, de 6 de junio de 2014.

¹⁰ Situación que ha sido constada en la Observación 21.^a del CEDAW, tal y como denuncia el informe Sombra España CEDAW de 2019, en <https://cedawsombraesp.files.wordpress.com/2019/05/190513-informe-cedaw-sombra.pdf>.

¹¹ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, *BOE* núm. 313, de 29 de diciembre de 2004.

batoria para la concesión de una autorización de residencia temporal para todas las categorías de mujeres migrantes en España (ciudadanas de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo, ciudadanas de terceros países y mujeres migrantes en situación irregular), y flexibilizar la exigencia de una condena penal del agresor¹².

En 2017, el Pacto de Estado declaraba que, más allá de las que ocurren en el ámbito de la pareja o expareja, también son formas de violencia contra las mujeres la física, psicológica y sexual, incluida la violación; la mutilación genital femenina; el matrimonio forzado; el acoso sexual y el acoso por razones de género; el aborto forzado y la esterilización forzada. En nuestro país, han repuntado estas otras formas de violencia de género al compás de los cambios producidos por la globalización¹³, aunque no todas ellas son identificadas en una categoría jurídica específica por la normativa de extranjería. En consecuencia, las víctimas de matrimonios forzados¹⁴, por ejemplo, que se encuentren en una situación de irregularidad, se les puede conceder una autorización de residencia por circunstancias excepcionales por razones humanitarias (art. 126 del Reglamento de la LOE), previsión legal menos privilegiada. En la medida que supone restar atención a estas violencias estructurales, sería conveniente que la legislación de extranjería se encargara de incorporarlas y ofreciera soluciones acordes al art. 59 del Convenio de Estambul.

En este momento, se está tramitando la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual para proteger a las personas víctimas de todas las violencias sexuales¹⁵, normativa que reconoce que afectan a las mujeres de manera desproporcionada. En el ámbito de aplicación de este Anteproyecto se incorporan: la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el acoso con connotación sexual y la trata con fines de explotación sexual, dando cumplimiento a las demandas internacionales que España ha firmado en el marco de la lucha contra la violencia de género. Particularmente, la DF 7.^a del Anteproyecto de Ley integral recoge un nuevo art. 31 ter LOE, precepto que va a garantizar a la extranjera víctima de la violencia sexual en situación irregular una autorización por circunstancias excepcionales de residencia temporal y trabajo¹⁶, en términos similares al actual art. 31 bis LOE.

¹² Informe GREVIO/Inf(2020)19 España, párr. 281, en <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/marcoInternacional/informesGREVIO/home.htm>.

¹³ De hecho, la Ley 1/2021, de 24 de marzo, de medidas urgentes en materia de protección y asistencia a las víctimas de violencia de género, BOE núm. 72, de 25 de marzo de 2021, amplía los servicios de acogida para garantizar la accesibilidad de los mismos a todas las víctimas de las formas de discriminación interseccional.

¹⁴ Véase ARLETTAZ, F. y GRACIA IBÁÑEZ, J., *Los matrimonios forzados como una manifestación de violencia de género. Extranjería cultural, religión y derechos humanos*, en <http://sociologiajuridica.unizar.es/sites/default/files/archivos/documenta/arlettazgracia.pdf>.

¹⁵ Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, en <https://www.igualdad.gob.es/normativa/normativa-en-tramitacion/Documents/APLOGILSV2.pdf>.

¹⁶ Dictamen CES 4 2020 sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía integral de la libertad sexual, en <http://www.ces.es/documents/10180/5231798/Dic042020.pdf>.

En cuanto a las víctimas de trata con fines de explotación sexual, violencia que ha sido incorporada en esta futura Ley integral, surge la duda de si el nuevo art. 31 ter LOE se va a convertir en un régimen más favorable para estas víctimas que el previsto en el actual art. 59 bis del texto de extranjería. Este último articulado permite que, desde fases muy iniciales, se les exima de responsabilidad administrativa por infracción grave del art. 53.1 LOE y se les otorgue una estancia temporal. Ahora bien, para continuar con una mayor protección, se les exige que colaboren con la investigación del delito de trata¹⁷, a diferencia del art. 31 ter LOE, que ante la denuncia de la violencia sexual sufrida y la orden de protección, se va a dispensar una autorización de residencia y trabajo provisional. Una alternativa plausible sería combinar la aplicación conjunta de ambos preceptos, empleando el art. 59 bis LOE si no se ha producido la denuncia y la causa no haya sido formalizada, pasando de manera automática al nuevo régimen previsto en el art. 31 ter LOE desde el momento en que se produzca la formalización de la misma¹⁸. No obstante, debemos prestar atención a lo que se vaya a disponer en una futura Ley integral contra la Trata, que deberá evitar los solapamientos e interferencias entre posibles ámbitos concurrentes de las distintas reglamentaciones dedicadas a la erradicación de las violencias de género.

3. MIGRACIONES FORZOSAS DE MUJERES Y NIÑAS PERSEGUIDAS

La problemática específica de las mujeres y niñas que se marchan de sus países de manera forzosa se convierte en objetivo central a resolver en el ámbito de los refugiados. Por ello, surge una nueva lectura con perspectiva de género en el Derecho internacional de los refugiados, tal y como apunta la Resolución 1325 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en el año 2000¹⁹, la Declaración de Nueva York de 2016 para los Refugiados y los Migrantes²⁰, en el Pacto Mundial para la Migración²¹ o en la Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de mayo de 2021, sobre la protección de los derechos humanos y la política exterior de la Unión en materia de migración [2020/2116(INI)].

Ante esta realidad sumamente compleja, el art. 60.1 del Convenio de Estambul contribuye a colmar una de las grandes lagunas del Derecho interna-

¹⁷ RUEDA VALDIVIA, R., «Hacia un nuevo sistema de protección de las víctimas de trata en Derecho español de extranjería», en PÉREZ ALONSO, E. J. *et al.* (coords.), *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 871-916.

¹⁸ Solución formulada por VVAA, *Propuestas de enmiendas al proyecto de ley orgánica de garantía integral de la libertad sexual*, Grupo de Trabajo de la Asociación de Mujeres Juezas de España (AMJE), marzo de 2021, pp. 55-59, en <http://www.mujeresjuezas.es/2021/03/21/informe-de-mujeres-juezas-al-ante-proyecto-de-ley-organica-de-garantia-integral-de-la-libertad-sexual/>.

¹⁹ Resolución 1325 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en el año 2000, S/RES/1325 (2000).

²⁰ Asamblea General, Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes, A/RES/71/1, 3 de octubre de 2016.

²¹ Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular, Marrakech (Marruecos), 10 y 11 de diciembre de 2018 (A/CONF.231/3), en <https://undocs.org/es/A/CONF.231/3>.

cional en torno a la migración y tutela de los derechos de las inmigrantes, al determinarse que «la violencia contra las mujeres basada en el género puede reconocerse como una forma de persecución en el sentido del art. 1.A(2) del Convenio de Ginebra y como una forma de daño grave que dé lugar a una protección internacional».

En España, la Ley de Asilo recoge la persecución por motivos de género u orientación sexual como motivo para poder otorgar el estatuto de refugiada o, en su caso, la protección subsidiaria, gracias a los arts. 3 y 7.1.e), párr. 2, de dicho texto normativo²². En las violencias de género y el asilo existen avances muy positivos, gracias al esfuerzo especial y proactivo para detectar estos indicios en las solicitudes de protección internacional²³. La doctrina jurisprudencial española confirma como causa de asilo la situación de desprotección, discriminación y marginación social, política y jurídica que sufren las personas pertenecientes al género femenino en su país de origen y que vulnere de forma evidente y grave sus derechos humanos²⁴.

Por otra parte, la ampliación del concepto de refugiado a situaciones de persecución sobrevenidas propicia que las mujeres y niñas que migran de sus países puedan acogerse a la protección internacional a causa de las violencias sufridas en las rutas de huida, tránsito y acogida²⁵. En estos contextos de largos tránsitos, es frecuente que sean captadas por redes de trata para ser explotadas con fines de explotación sexual, por lo que crecen las solicitudes de protección internacional basadas en la persecución por género, aunque pocas son las concesiones finales de estatuto de refugiadas²⁶. Conforme al

²² ARENAS HIDALGO, N., «Mujeres refugiadas: entre el silencio jurídico y la aplicación de las perspectivas de género», en GALLEGO DURÁN, M. y GARCÍA GUTIÉRREZ, R. (eds.), *El legado plural de las mujeres*, Sevilla, Alfar, 2005, pp. 76-116; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, C., «La persecución de género en el derecho internacional de los refugiados: nuevas perspectivas», *REEI*, 2017, núm. 33, pp. 1-31.

²³ En el FJ II de la SAN 283/2020 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 26 de noviembre, ECLI:ES:AN:2020:3946, se vuelve a recordar que los tribunales españoles admiten la posibilidad de que, en determinados casos, la violencia de género pueda dar lugar a la concesión del asilo, tal y como ya reconoció la STS 2781/2009 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), de 11 de mayo, ECLI:ES:TS:2009:2781, que otorgó la protección internacional a una mujer nigeriana víctima de mutilación genital y de un matrimonio no deseado.

²⁴ FJ V de la SAN 436/2021 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 5 de febrero de 2021, ECLI:ES:AN:2021:436.

²⁵ Véanse las Directrices ACNUR de 2002 sobre protección internacional: la persecución por motivos de género en el contexto del art. 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967, aconseja realizar una correcta argumentación de los elementos de género en las solicitudes de asilo para conseguir el otorgamiento del estatuto de refugiada.

²⁶ RUIZ SUTIL, C., «La técnica legal del “Hilo de Ariadna” en la protección internacional para la esclava de la trata», *CDT*, vol. 7, 2015, núm. 2, pp. 320-334; MONTALBÁS HUERTAS, I., «Trata sexual de mujeres: nuevas claves para el derecho de asilo», *CGPJ*, Escuela Judicial, *Estudios*, p. 4, <http://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/FORMACI%C3%93N%20CONTINUA/PLAN%20ESTATAL/MATERIALES%20DOCENTES/FICHERO/CU17083%2001%20Montalban%20Huertas%20I.pdf>; THILL, M. y GIMÉNEZ ARMENTIA, P., «El enfoque de género: un requisito necesario para el abordaje de la trata de seres humanos con fines de explotación sexual», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, primer semestre de 2017, núm. 27, pp. 439-459; BROX SÁENZ DE LA CALZADA, A. G., «El Convenio de Estambul en Francia y en España: tareas pendientes», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho (CEFD)*, 2020, núm. 43, pp. 46-64, esp. pp. 57-58.

art. 60 del Convenio de Estambul, se debe reforzar el reconocimiento de la protección internacional por motivo de género de las mujeres, niñas y adolescentes solicitantes de asilo que se ven atrapadas en las redes de trata sexual. Particularmente, se pide a España que garantice un acceso rápido al procedimiento de asilo y a un alojamiento seguro para cualquier mujer que lo solicite, garantizando que se desarrolle de forma rápida y siendo sensible al género, prestando atención a las situaciones de vulnerabilidad relacionadas con experiencias o riesgo de violencia de género²⁷.

En suma, el 70.º Aniversario de la Convención de los Refugiados debería servir para convertirse en un acontecimiento que afrontara la reforma para incorporar un sexto motivo que encuadre las múltiples formas de violencia de género y crear una categoría propia de persecución para dejar de enmascarar la especificidad de la opresión que sufren las mujeres bajo otras motivaciones²⁸.

4. REFLEXIONES FINALES

Nos encontramos en un momento crucial para construir una sociedad libre de violencia sobre las mujeres, aunque hemos comprobado que la perspectiva de género no ha calado lo suficiente como para proteger a las extranjeras víctimas de las múltiples violencias contra el género femenino. Con el objeto de desarmar esta violencia estructural soportada por las inmigrantes, parece oportuno invitar a una transformación de la normativa de extranjería y del sistema de protección internacional que sean aún más sensibles al sesgo de género. La implementación completa en la normativa española de lo contenido en el Capítulo VII sobre migración y asilo del Convenio de Estambul puede acabar con la invisibilización de las mujeres extranjeras que sufren las múltiples formas de la violencia de género y otorgar una respuesta a su situación administrativa acorde a su situación. Estaremos pendientes de la aprobación definitiva por el legislador español de las distintas proposiciones de leyes que pretenden regular las correspondientes violencias de género y la conveniente reforma del Derecho de extranjería y del sistema de asilo. En definitiva, los desafíos de la igualdad cambian y, en consecuencia, los sectores de la extranjería y del asilo deben proteger y promover el disfrute de los derechos humanos de las mujeres migrantes.

Palabras clave: migraciones femeninas, violencia de género en todas sus formas, Derecho de extranjería y protección internacional.

Keywords: female migration, gender based violence in all its forms, immigration and international protection law.

²⁷ Recomendaciones del Consejo de Europa de 15 de diciembre de 2020, sobre la implementación en España del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica [5 IC-CP/Inf(2020)10, España].

²⁸ Véase ZAMORA GÓMEZ, C. M.^a, *Violencia contra las mujeres y refugio. Estudio de la concesión del estatuto de refugiada desde una perspectiva de género*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 77 y 83.





MIGRACIÓN Y DERECHOS LABORALES: LA VIOLENCIA Y EL ACOSO EN EL MUNDO DEL TRABAJO

MIGRATION AND LABOUR RIGHTS: VIOLENCE AND HARASSMENT IN THE WORLD OF WORK

María Dolores ORTIZ VIDAL*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL CONVENIO NÚM. 190 OIT: UN NUEVO CONCEPTO DE VIOLENCIA Y ACOSO EN EL TRABAJO VS. LA NOCIÓN TRADICIONAL REGULADA EN EL DERECHO ESPAÑOL.—3. LA NORMA MATERIAL IMPERATIVA Y LA NUEVA MODALIDAD DE VIOLENCIA Y ACOSO EN EL TRABAJO.—4. CONSIDERACIONES FINALES.

1. INTRODUCCIÓN

Las migraciones se han convertido en un fenómeno internacional permanente, siendo uno de los desafíos más visibles en las agendas políticas a nivel estatal y supranacional. En el marco del empleo y de la política social de la Unión Europea, la libre circulación de trabajadores en el territorio de los Estados miembros supone la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo, sin perjuicio de las limitaciones justificadas que se establezcan por razones de orden público, seguridad y salud pública [art. 45 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)]¹.

En este contexto, los desplazamientos de trabajadores desde terceros países con destino a los Estados miembros de la Unión Europea y, en particular a España, son un fenómeno muy habitual. Estos movimientos migratorios se basan en la demanda de trabajo y en la mejora de sus condiciones laborales².

* Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad de Murcia (md.ortizvidal@um.es). Todas las páginas web mencionadas en este estudio han sido consultadas el 13 de junio de 2021.

¹ Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, DO C 326, de 26 de octubre de 2012, pp. 47 y 390, ELI: http://data.europa.eu/eli/treaty/tfeu_2012/oj.

² El Capítulo III del Título II de la Ley Orgánica de Extranjería 4/2000, BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000, «De las autorizaciones para la realización de actividades lucrativas», establece los re-



Ahora bien, en estos casos, las personas migrantes ocupan, con frecuencia, puestos de trabajo más expuestos a la violencia y al acoso, tal y como pone de relieve el Informe IV sobre migración laboral, elaborado por la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) en su 106.^a reunión (Ginebra, 2017)³.

La OIT señala que ello puede deberse, entre otros factores, a que los trabajadores migrantes se concentran en determinados sectores económicos en los que concurre, a menudo, abuso de poder. Sirvan como ejemplo la agricultura, la industria o el sector servicios, que incluye el ámbito doméstico y el de la hostelería.

En este escenario, resulta posible afirmar que la OIT va un paso por delante respecto del Derecho español en el tratamiento normativo de la violencia y el acoso en el trabajo. Ello se debe a que la Conferencia General de la OIT adoptó, el 21 de junio de 2019, el Convenio núm. 190 sobre la violencia y el acoso —junto con su Recomendación complementaria (núm. 206)—, que proporciona una nueva definición de «violencia y acoso en el trabajo», la cual garantiza un mayor nivel de protección a la víctima y es muy distinta de la regulada en el Derecho español, tal y como se verá más adelante.

Sin embargo, en el día de hoy, España aún no ha ratificado este Convenio. Además, después de su entrada en vigor, que se producirá a los doce meses desde la fecha de registro de su ratificación, habrá que esperar a la adaptación de la normativa porque las disposiciones del Convenio núm. 190 deberán aplicarse a través de la legislación nacional, convenios colectivos u otras medidas acordadas con la práctica estatal (arts. 12 a 14 del Convenio núm. 190 OIT).

Ante esta situación normativa, cabe reflexionar sobre si esta configuración del término violencia y acoso en el trabajo (dada su novedosa concepción e importancia desde la perspectiva del derecho fundamental del trabajador a desempeñar su puesto en condiciones que respeten su salud, su seguridad y su dignidad) podría incorporarse, en la práctica, a través de las normas materiales imperativas (véanse en este sentido los arts. 31.1 CDFUE y 40.2 CE).

2. EL CONVENIO NÚM. 190 OIT: UN NUEVO CONCEPTO DE VIOLENCIA Y ACOSO EN EL TRABAJO VS. LA NOCIÓN TRADICIONAL REGULADA EN EL DERECHO ESPAÑOL

El Convenio núm. 190 de la OIT sitúa su punto de partida en la necesidad de garantizar, de manera efectiva, el derecho fundamental de toda persona

quisitos que los extranjeros mayores de dieciséis años precisarán para obtener la correspondiente autorización administrativa previa para residir y trabajar en España, con el objetivo de poder ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional en nuestro país (arts. 36 a 43 LOEX).

³ OIT, *Migración laboral: nuevo contexto y desafíos de gobernanza*, Informe IV, 106.^a reunión, Ginebra, 2017, en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--ed_norm/--relconf/documents/meetingdocument/wcms_550278.pdf.

a un entorno laboral libre de violencia y acoso, en todas sus modalidades, atendiendo especialmente a la protección de los grupos más vulnerables, tal y como son los trabajadores migrantes.

Para ello, crea una única definición de violencia y acoso en el trabajo, de validez universal, que servirá de referencia a la legislación de cada Estado parte⁴. En concreto, el nuevo término «designa un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas», con independencia de «que se manifiesten una sola vez o de manera repetida», en el que se suprime el elemento subjetivo de la intencionalidad (art. 1 del Convenio núm. 190 OIT).

En consecuencia, es suficiente con que exista un nexo de causalidad entre el comportamiento antijurídico y el resultado lesivo prohibido por la norma. Basta la producción de un daño físico, psicológico, sexual o económico, o la posibilidad de causarlo. Se incluye expresamente la violencia y el acoso por razón de género.

Además, la Conferencia General de la OIT aplica este nuevo concepto de violencia y acoso en el trabajo a todas las personas que trabajen, independientemente de cuál sea su situación contractual —comprendida la informal, que se utiliza con más frecuencia en el caso de los trabajadores migrantes—, y a todas las comunicaciones que estén relacionadas con el ámbito laboral, incluidas las realizadas por medio de tecnologías de la información y de la comunicación [arts. 2 y 3.d) del Convenio núm. 190 OIT]. En este sentido, la Conferencia General de la OIT se pronuncia, por vez primera, sobre el ciberacoso como modalidad de violencia y acoso en el trabajo, aun cuando este puede producirse fuera del horario laboral o del lugar físico de trabajo⁵.

De lo anterior puede desprenderse que la nueva noción de violencia y acoso en el trabajo que recoge el Convenio se encuentra muy lejos de la regulada por el Derecho español, que puede ser calificada de caótica y fragmentaria, lo que genera lagunas legales⁶. En concreto, nuestro ordenamiento jurídico no contempla una única definición de violencia y acoso en el trabajo, sino que diferencia, principalmente, dos tipos de acoso —el discriminatorio y el sexual—, cuyos caracteres se exponen en múltiples normas. Valgan como ejemplo, entre otros, el Estatuto de los Trabajadores [art. 4.1.e)], el Estatuto

⁴ VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, P. M., «El Convenio 190 de la OIT sobre Violencia y Acoso en el trabajo: principales novedades y expectativas», *CEF. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 2019, núms. 437-438, pp. 119-142, esp. p. 124.

⁵ Respecto de esta afirmación, cabe hacer referencia al reciente caso *IVECO*, en el que la dirección de la empresa no activó su protocolo para la prevención del acoso sexual en el trabajo, aun cuando la trabajadora denunció su situación ante Recursos Humanos, porque el concepto de «acoso sexual» que figura en dicho protocolo se identifica con el «uso de imágenes de contenido sexual explícito».

Ahora bien, la situación que vivió la trabajadora sí habría *encajado* en la nueva noción de violencia y acoso en el trabajo proporcionada por la OIT. Ello habría garantizado la protección de su salud y de su seguridad en el puesto de trabajo.

⁶ PONS CARMENA, M., «Aproximación a los nuevos conceptos sobre violencia y acoso en el trabajo a partir de la aprobación del Convenio OIT 190», *Labos*, vol. 1, 2020, núm. 2, pp. 30-60, esp. p. 35.

Básico de Empleo Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015 (art. 95.2) o la Ley 62/2003, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (art. 28.1).

A ello hay que añadir que ni la intención de infligir una agresividad extrema, ni la constatación de un daño serían elementos necesarios para identificar un reciente caso de violencia y acoso en el trabajo, lo que marca una clara distancia respecto de la noción tradicional española⁷.

Por este motivo, cabe plantear si esta novedosa configuración podría incorporarse, en la práctica, a nuestro ordenamiento jurídico con anterioridad incluso a la ratificación y consiguiente adaptación del Convenio. Para ello, resulta oportuno analizar el juego de las normas materiales imperativas, su penetración como posible vía de expansión de esta nueva modalidad de violencia y acoso en el trabajo y su repercusión en la *praxis* conflictual, a través del estudio de la naturaleza jurídica de la norma, en especial, a la luz de lo dispuesto en el art. 9 del Reglamento (CE) núm. 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

3. LA NORMA MATERIAL IMPERATIVA Y LA NUEVA MODALIDAD DE VIOLENCIA Y ACOSO EN EL TRABAJO

El Reglamento Roma I define la norma material imperativa como aquella «disposición cuya observancia un país considera esencial 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 ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento» (art. 9.1 RRI)⁸.

De esta afirmación cabe deducir que, en circunstancias excepcionales y atendiendo a consideraciones de interés público, los tribunales de los Estados miembros pueden aplicar al contrato dicha norma material imperativa, con independencia de la ley del país que resulte aplicable al mismo (cdos. 11 y 37 RRI).

Ante esta situación, es necesario valorar si, en el contexto de las migraciones y del Derecho laboral, la nueva modalidad de violencia y acoso en el

⁷ Véase, por todas, la STC 81/2018, de 16 de julio, ES:TC:2018:81, que exige, para calificar la situación como «acoso laboral»: «La concurrencia de determinados elementos objetivos y subjetivos, como lo son el hostigamiento continuado y sistemático sobre el empleado, la falta de tutela por quien ostenta el poder de dirección o jerárquico, la gravedad en la conducta empleada, la intencionalidad denigratoria del acosador y el carácter individualizado del destinatario» (FJ 4).

Recientemente, el Tribunal Constitucional español, en la Sentencia núm. 56/2019, de 6 de mayo, ECLI:ES:TC:2019:56, apartándose de manifestaciones judiciales anteriores, ha descartado el elemento intencional y la producción efectiva del daño como elementos definitorios del acoso en el trabajo (FJ 5).

⁸ El TJUE proporciona, por primera vez, en el marco de su jurisprudencia, una definición expresa de la noción «ley de policía» en la STJCE de 23 de noviembre de 1999, *Arblade*, asuntos acumulados C-369/96 y C-376/99, ECLI:EU:C:1999:575, FD 30.

trabajo puede ser aprehendida como norma material imperativa en el ámbito de la litigación internacional.

En principio, del tenor literal del art. 9.1 del Reglamento Roma I, se desprende que quedan excluidas aquellas normas que defienden intereses particulares, tal y como sería la protección individual de los trabajadores⁹. En concreto, la normativa de Derecho internacional privado de la Unión Europea aplicable en esta materia contiene normas de conflicto de leyes especializadas, cuyo principal objetivo es que, a la hora de determinar la ley aplicable al contrato, el trabajador no se vea privado de la protección que le otorgan las disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo (art. 8.1 RRI).

Por tanto, en el marco de los contratos individuales de trabajo, los particulares intereses del trabajador no se protegen a través de las normas materiales imperativas¹⁰. Sin embargo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha puesto de manifiesto que, si el juez que conoce del litigio lo estima oportuno, cabe una interpretación amplia del concepto «normas materiales imperativas», que englobe la protección de intereses particulares y públicos, previa valoración de los términos exactos de la norma, del contexto en el que esta se circunscribe y de las circunstancias en las que se promulgó¹¹. En consecuencia, desde esta perspectiva, el nuevo concepto de violencia y acoso en el trabajo podría superar el primer obstáculo para adquirir la cualidad de norma material imperativa.

En este contexto, el juez competente para conocer del litigio desempeña un papel protagonista: está obligado a aplicar a la relación contractual-laboral las normas materiales imperativas de la ley del país cuyos tribunales conocen del asunto (art. 9.2 RRI) y está facultado para dar efecto a las normas internacionales imperativas que se encuentren en vigor en el Estado en el que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas, en la medida en que hagan la ejecución del contrato ilegal (art. 9.3 RRI)¹².

Por tanto, el Reglamento Roma I distingue entre «aplicar» y «dar efecto». En el primer supuesto, cabe reflexionar sobre si la nueva configuración de violencia y acoso en el trabajo podría penetrar en el ordenamiento jurídico

⁹ CAMPO COMBA, M., «Derecho internacional privado europeo y aplicación de las Directivas europeas protectoras de la parte contractual débil», *REDI*, vol. 73, 2021, núm. 1, pp. 57-82, esp. p. 75. La autora expone que esta posición es la que defiende la doctrina y la jurisprudencia alemana, a través de la distinción entre *Eingriffsnormen* y *Parteischutzvorschriften*, que persiguen objetivos de interés público y privado, respectivamente.

¹⁰ STJUE (Gran Sala) de 15 de marzo de 2011, *Koelzsch*, asunto C-29/10, ECLI:EU:C:2011:151, FD 42.

¹¹ STJUE de 17 de octubre de 2013, *Unamar*, asunto C-184/12, ECLI:EU:C:2013:663, FD 50.

¹² PARRA RODRÍGUEZ, C., «El alcance de las normas imperativas internacionales en el Reglamento Roma I: una visión desde su efecto en la contratación laboral», en JIMÉNEZ BLANCO, P. y ESPINIELLA MENÉNDEZ, Á. (dirs.), *Nuevos escenarios del Derecho internacional privado de la contratación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 294-337, esp. p. 326. La autora afirma que, en aquellos casos en los que la norma internacional imperativa pueda lesionar los derechos laborales contenidos en el Derecho de la Unión Europea, el juez puede desplazar dicha norma a favor de la ley elegida por las partes.

español en calidad de norma material imperativa de fuente de la Unión Europea, a través de los Reglamentos y de las Directivas¹³.

El Parlamento Europeo ha manifestado recientemente que, en el marco de la Unión, los Estados miembros deben garantizar que las disposiciones que tengan por objetivo *combatir* ámbitos perjudiciales para los intereses de los ciudadanos de la Unión —que no se encuentren suficientemente protegidos por la ley aplicable a su situación y sean víctimas de efectos adversos relacionados con ella— puedan ser consideradas de carácter imperativo¹⁴.

Para ello, la norma material imperativa debe formar parte de un acto jurídico de la Unión Europea, obligatorio y aplicable en los Estados miembros, tal y como sucede con los Reglamentos y con las Directivas y sus respectivas transposiciones (art. 288 TFUE). De esta manera, la nueva modalidad de violencia y acoso en el trabajo podría pasar a integrar las normas imperativas del foro, con lo que ello supone en el juego del art. 16 del Reglamento (CE) núm. 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)¹⁵.

Sin embargo, la nueva definición de violencia y acoso en el trabajo se regula en el Convenio núm. 190 de la OIT. En consecuencia, su incorporación al ordenamiento jurídico español únicamente tendrá lugar después de su ratificación [arts. 94.1.c) y 96.1 CE]. A partir de ese momento, las autoridades españolas estarán obligadas a aplicarlo en la legislación y en la práctica nacional, siendo posible iniciar un procedimiento de reclamación y queja contra nuestro país, en el caso de que no haya observado las disposiciones del Convenio que ha ratificado (art. 19.5 de la Constitución OIT)¹⁶. Desde este punto de vista, el nuevo concepto de violencia y acoso en el trabajo no podría superar el segundo obstáculo para adquirir la cualidad de norma material imperativa, en este concreto análisis porque, como es obvio, su fuente no es el Derecho de la Unión Europea, sino un Convenio de la OIT¹⁷.

¹³ STJUE de 9 de noviembre de 2000, *Ingmar GB*, asunto C-381/98, ECLI:EU:C:2000:605, FFDD 21-22.

¹⁴ Véase el art. 20 del Anexo de la Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión para elaborar una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa [2020/2129(INL), P9_TA-PROV (2021)0073].

En una línea de pensamiento similar se pronunció, con anterioridad a dicha Resolución, DIAGO DIAGO, M. P., «Minerales y diamantes de conflicto: mecanismo de control y diligencia debida en tiempos de ODS», *Cuadernos Europeos de Deusto*, 2020, núm. 63, pp. 153-182.

¹⁵ DIAGO DIAGO, M. P., «Violación de derechos humanos en las cadenas de suministro en tiempos de pandemia: reacciones de Derecho internacional privado y diligencia debida», *REDI*, vol. 73, 2021, núm. 1, pp. 337-344, esp. p. 341.

¹⁶ Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, aprobada el 28 de junio de 1919 y posteriores modificaciones, *BOE* núm. 226, de 21 de septiembre de 1982.

¹⁷ Desde este postulado, el presente trabajo plantea la posibilidad de que la nueva noción de violencia y acoso en el trabajo pueda llegar a incorporarse al ordenamiento jurídico español, como norma material imperativa, a través de dos vías: ratificación por parte de España del Convenio núm. 190 de la OIT o adopción del nuevo concepto en un acto normativo de la Unión Europea, lo que le situaría en ese elenco de normas materiales imperativas de fuente de la Unión que está en pleno crecimiento.

En el segundo caso, el tribunal competente limitaría la incidencia de las normas internacionales imperativas a las del lugar de ejecución de las obligaciones que derivan del contrato de trabajo, siempre que hagan la ejecución del contrato ilegal, tal y como se indicó con anterioridad.

Ahora bien, las obligaciones que derivan de un contrato de trabajo pueden ser ejecutadas en varios países. Sirva como ejemplo la existencia de una pluralidad de lugares donde se realice la prestación laboral. Ante esta situación, las normas internacionales imperativas de cada uno de ellos podrían incidir en la relación contractual-laboral, lo que quebraría las expectativas legítimas de las partes contratantes, creando inseguridad jurídica en el espacio judicial europeo (cdo. 16 RRI). Además, si una de esas normas internacionales imperativas hiciera ilegal la ejecución del contrato de trabajo, se desencadenaría un proceso que, en este marco y respecto de determinadas actuaciones del empresario o de otros miembros de la empresa, impediría la viabilidad de dicho contrato¹⁸.

A ello hay que añadir que la «aplicación» o «dotación de efectos» de las normas imperativas, por parte del juez competente, puede verse comprometida en función del comportamiento de las partes contratantes. En el caso de que existan foros de competencia judicial internacional concurrentes, tal y como sucede con el contrato individual de trabajo que se rige por una autonomía de la voluntad limitada, las partes podrán evitar la jurisdicción del país cuyo ordenamiento jurídico contemple normas materiales imperativas que pretendan eludir¹⁹.

En este escenario, con el objetivo de limitar el fenómeno del *Forum Shopping* y de reforzar la coherencia internacional de las soluciones judiciales entre los Estados miembros de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia ha puesto de manifiesto que, al margen de los casos en los que el juez que conoce del litigio puede dar efecto a las normas internacionales imperativas, en los términos descritos con anterioridad, resulta posible que dicho juez tome en consideración, como circunstancia de hecho, las normas internacionales imperativas de un Estado distinto de los mencionados en el art. 9 del Reglamento Roma I, en la medida en que la norma material de derecho aplicable al contrato de trabajo lo prevea²⁰.

La postura que defiende el Tribunal de Justicia de la Unión Europea encuentra justificación en que el Reglamento Roma I tiene como objetivo la unificación de las normas de conflicto de leyes en el ámbito de las obligaciones contractuales, pero no la armonización de las normas materiales del Derecho aplicable a los contratos internacionales.

¹⁸ CARRILLO POZO, L. F., «El tratamiento de las leyes de policía de terceros Estados (A propósito de la Sentencia del TJUE de 18 de octubre de 2016)», *Bitácora Millennium DIPr*, 2017, núm. 5, pp. 1-23, esp. p. 15.

¹⁹ CORDERO ÁLVAREZ, C. I., «Incidencia de las normas imperativas en los contratos internacionales: especial referencia a las normas de terceros Estados desde una aproximación europea», *CDT*, vol. 9, 2017, núm. 2, pp. 174-193, esp. p. 187.

²⁰ STJUE (Gran Sala) de 18 de octubre de 2016, *Nikiforidis*, asunto C-135/15, ECLI:EU:C:2016:774, FD 51.

Por tanto, la expresión «tomar en consideración», empleada por el Tribunal de Justicia, opera como una vía de escape que permite al juez valorar —únicamente en los supuestos en los que la *lex causae* lo contemple— la incidencia de normas imperativas distintas del Estado del foro (véase art. 9.2 RRI) y del país de ejecución de las prestaciones contractuales (véase art. 9.3 RRI).

De esta manera, la «toma en consideración» de la norma imperativa extranjera, distinta de las nociones «aplicación» y «dotación de efectos», no afecta al riesgo de inseguridad jurídica y de falta de previsibilidad que el Reglamento Roma I asocia con las normas imperativas del país del foro o del Estado del lugar de ejecución de las obligaciones que derivan del contrato de trabajo²¹.

Ahora bien, el órgano jurisdiccional que conozca del litigio será quien, una vez más, deba verificar si, a la luz del Derecho material aplicable al contrato de trabajo, es apropiado tener en cuenta, en calidad de norma material imperativa, el nuevo concepto de violencia y acoso en el trabajo.

4. CONSIDERACIONES FINALES

La novedosa configuración del término «violencia y acoso en el trabajo», adoptada por la OIT, podría superar el primer obstáculo para adquirir la cualidad de norma material imperativa, en aquellos casos en los que el juez que conoce del litigio estime oportuno una interpretación amplia de la noción «leyes de policía» —que englobe la protección de los intereses de los trabajadores y de los intereses de los Estados cuya legislación incida en la relación contractual-laboral—, previa valoración de la disposición y atendiendo a las circunstancias específicas señaladas en cada caso por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Sin embargo, este nuevo concepto no podría incorporarse, a la práctica, en nuestro ordenamiento jurídico, al amparo del art. 9 del Reglamento *Roma I*, con anterioridad a la ratificación y consiguiente adaptación del Convenio núm. 190 OIT [véanse arts. 94.1.c) y 96.1 CE]. Una consideración diferente arrastraría una delicada diferencia de trato con las situaciones internas e iría en contra del propio espíritu de las normas imperativas.

Por tanto, la nueva definición de «violencia y acoso en el trabajo» no supera el segundo obstáculo para adquirir la cualidad de norma material imperativa de fuente de la Unión Europea. Ello se debe a que esta novedosa modalidad no forma parte de un acto jurídico de la Unión obligatorio y aplicable en los Estado miembros, tal y como sucede con los Reglamentos y con las Directivas y sus respectivas transposiciones (véase art. 288 TFUE). Si bien, atendiendo a las específicas circunstancias, podría valorarse su viabili-

²¹ DE MIGUEL ASENSIO, P., *Reglamento Roma I: ámbito de aplicación temporal y normas imperativas de terceros Estados*, 18 de octubre de 2016, véase en <https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2016/10/reglamento-roma-i-ambito-de-aplicacion.html#more>.

dad como posible solución de futuro. Al respecto, sería interesante que este nuevo concepto penetrara en un acto jurídico de la Unión Europea, dada la importancia del tema y la sensibilidad cada vez mayor que suscita. Hasta que eso no suceda, la vía de penetración es la ratificación del Convenio de la OIT por España, lo que supondría un avance deseable en este tema.

Palabras clave: migración, Convenio núm. 190 OIT sobre violencia y acoso en el trabajo, norma material imperativa.

Keywords: migration, ILO Convention No. 190 on violence and workplace harassment, overriding mandatory rule.



III. PRÁCTICA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL

Coordinación a cargo de
Joaquín ALCAIDE FERNÁNDEZ
(Derecho Internacional Público)
Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS
(Derecho Internacional Privado)
Inmaculada MARRERO ROCHA
(Relaciones Internacionales)

REGÍMENES APLICABLES AL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN DE ABOGADO EN ESPAÑA: DISOCIACIÓN DEL EFECTO PROFESIONAL Y ACADÉMICO

APPLICABLE REGIMES TO THE EXERCISE OF THE LEGAL PROFESSION IN SPAIN: DISSOCIATION OF PROFESSIONAL AND ACADEMIC EFFECTS

Gisela MORENO CORDERO*

SUMARIO: 1. REGÍMENES APLICABLES AL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN DE ABOGADO DERIVADOS DE LA TRASPOSICIÓN DE LAS DIRECTIVAS EUROPEAS.—1.1. Normativa aplicable al establecimiento.—1.1.1. El ejercicio permanente de la profesión de abogado en España mediante el reconocimiento del título de abogado extranjero.—1.1.2. El ejercicio permanente de la profesión de abogado en España con un título profesional obtenido en otro Estado miembro de la UE, del EEE o en Suiza.—1.2. Normativa aplicable a la prestación temporal de un servicio.—2. RÉGIMEN APLICABLE AL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN DE ABOGADO EN SUPUESTOS EXCLUIDOS DE LOS REGÍMENES DE TRASPOSICIÓN DE LAS DIRECTIVAS EUROPEAS.

El ejercicio de la profesión de abogado en España queda sometido al cumplimiento de determinadas exigencias legales que pueden variar en atención a factores de naturaleza diversa: efecto pretendido, nacionalidad del sujeto, lugar donde haya obtenido la cualificación de abogado y carácter permanente o temporal de dicha actividad.

Cuando el ejercicio de esta profesión se pretende desarrollar por nacionales de Estados miembros de la Unión Europea (UE), del Espacio Económico

* Profesora Ayudante Doctora de Derecho Internacional Privado acreditada a Contratada Doctora en la Universidad de Granada (gmorenocordero@ugr.es).

Europeo (EEE) o de Suiza en un Estado distinto de aquel en el que tales cualificaciones fueron conseguidas, tal posibilidad quedará supeditada a la normativa de trasposición de distintas directivas europeas, en las que se legitiman mecanismos más ágiles que permiten eliminar cualquier obstáculo a la libertad de circulación reconocida a estos nacionales en el marco de un establecimiento o de una prestación temporal de servicios. Cobra de esta forma protagonismo el efecto profesional de las titulaciones frente al efecto académico más restrictivo, por cuanto lo que se pretende hacer valer no es el título académico de Licenciado o de Graduado en Derecho, sino el título profesional de abogado.

Los beneficios que reporta la normativa de trasposición de las directivas europeas en nuestro ordenamiento distan de los que consigue el régimen arbitrado para supuestos excluidos de su ámbito de aplicación, ya que, en tales casos, la posibilidad de ejercer la abogacía en España, al margen de la nacionalidad que ostente el sujeto, se verá invariablemente sometida a un régimen más gravoso y dilatado, que exige, como condición previa para alcanzar el efecto profesional de esta profesión, el cumplimiento de algunas exigencias adicionales vinculadas en ciertos aspectos al efecto académico.

De esta suerte emanan dos regímenes bien diferenciados: el derivado de la trasposición de las directivas europeas y el previsto para situaciones no cubiertas por estas.

1. REGÍMENES APLICABLES AL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN DE ABOGADO DERIVADOS DE LA TRASPOSICIÓN DE LAS DIRECTIVAS EUROPEAS

El ejercicio de la abogacía en España queda sometido en este ámbito a dos regímenes distintos, uno aplicable al establecimiento y otro a la prestación temporal de servicios.

1.1. Normativa aplicable al establecimiento

1.1.1. *El ejercicio permanente de la profesión de abogado en España mediante el reconocimiento del título de abogado extranjero*

El Real Decreto 1837/2008, de 8 de noviembre, por el que se incorporó al ordenamiento jurídico español la Directiva 2005/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre¹ (RD 1837/2008), fue derogado por el Real Decreto 581/2017, de 9 de junio, por el que se modifica la Directiva 2005/36/CE, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales y el Reglamento (UE) núm. 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del

¹ BOE núm. 280, de 20 de noviembre de 2008.

Sistema de Información del Mercado Interior² (RD 581/2017). No obstante, según la disposición derogatoria única, segundo párrafo, del RD 581/2017, el RD 1837/2008 sigue manteniendo provisionalmente su vigencia solo a efectos de la aplicabilidad del sistema de reconocimiento y de los Anexos VIII y X, hasta tanto concluyan los trabajos de revisión a que se refiere el art. 81.

Los presupuestos para la activación del régimen establecido por el RD 1837/2008 son tres: *a)* que la profesión cuyo ejercicio se pretenda se encuentre regulada en España³; *b)* que el reconocimiento venga reclamado por nacionales de Estados miembros de la UE, del EEE o suizos, o por nacionales de terceros países que gocen de la igualdad de trato por mandato de otras directivas europeas⁴, y *c)* estar en posesión de un título profesional de abogado expedido por la autoridad competente de un Estado miembro de la UE, del EEE o de Suiza que le habilite para el ejercicio de esta profesión en el país donde se haya alcanzado dicha cualificación (art. 18).

La clave del alcance de esta última exigencia la proporciona el art. 3 del RD 1837/2008 cuando dispone que el efecto de este reconocimiento permitirá al beneficiario acceder en España, en igualdad de condiciones que a sus nacionales, a la misma profesión que aquella para la que está cualificado en el Estado miembro de origen, siempre que las actividades profesionales cubiertas por el título profesional de abogado extranjero sean similares a las exigidas en España⁵. En consecuencia, si las actividades profesionales cubiertas por el título de abogado extranjero son sustancialmente distintas que las cubiertas por su homólogo español, será imperativo «en todo caso» la superación de una prueba de aptitud (art. 22, apdo. 3, párr. 4), motivo por el que, a diferencia de lo que sucede con otras profesiones, el interesado no podrá elegir entre la realización de una prueba de aptitud o un periodo de práctica para compensar este déficit (art. 22, apdos. 1 y 2).

Los criterios generales para la realización de la prueba de aptitud han sido desarrollados por la Orden PRE/421/2013, de 15 de marzo⁶. La finalidad

² BOE núm. 138, de 10 de junio de 2017.

³ La profesión de abogado, según dispone el Anexo VIII del Real Decreto 1837/2018, es una profesión regulada en España.

⁴ En esta situación se encuentran los familiares de nacionales comunitarios con arreglo a la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, DOUE L 158, de 30 de abril de 2004, siempre que el nacional comunitario ejercite el derecho de libre circulación o cuando el familiar nacional de un tercer Estado pretenda reunirse con él. Según esta Directiva los derechos de nacionales de terceros Estados son equiparados a los de un ciudadano comunitario. Véase MORENO CORDERO, G., «La nacionalidad y el ejercicio de una profesión regulada en la Unión Europea», en MOYA ESCUDERO, M. (dir.), *Movilidad internacional de personas y nacionalidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 291-328.

⁵ En la STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a), de 31 de marzo de 2015, ECLI:ES:TSJM:2015:4561, el tribunal se pronuncia sobre la necesidad de disponer de una experiencia previa acreditada mediante el título de profesional de abogado para clasificar en el régimen previsto en el RD 1837/2008, puesto que esta posibilidad solo se le otorga a quienes hayan obtenido en su país de origen el «título profesional» no el «título académico». La recurrente disponía de Italia el título académico italiano de licenciada en Derecho, no el título profesional, que en dicho país se denomina «Avvocato».

⁶ BOE núm. 66, de 18 de marzo de 2013.

de la prueba de aptitud es acreditar un conocimiento preciso del Derecho positivo español. Para ello se requiere que el interesado presente una solicitud dirigida a la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia, dentro del plazo de veinte días naturales contados a partir del día siguiente de la publicación en el *BOE* de la convocatoria anual⁷, pero solo podrá participar en dicha prueba si es admitido mediante resolución (art. 7, párr. 2). La prueba consistirá en la resolución de un caso práctico, a elección del participante, que versará sobre las materias propias del ordenamiento jurídico español no cubiertas por el título de abogado extranjero (art. 9 y Anexos III y IV de la Orden PRE/421/2013). Si la prueba es superada (apto), el interesado deberá acreditar al Ministerio de Justicia la nacionalidad que ostenta y el título oficial de abogado o su equivalente obtenido en un Estado miembro de la UE, del EEE o en Suiza⁸ (art. 5). Tras quedar acreditados estos extremos, el Ministerio de Justicia expedirá un certificado de reconocimiento.

La no superación de la prueba (no apto) no impedirá, sin embargo, que el solicitante se presente a posteriores convocatorias (art. 9), así como tampoco la posibilidad de interponer recurso potestativo de reposición o contencioso-administrativo ante Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional o al TSJ de la comunidad autónoma correspondiente, según corresponda.

Los que accedan a la profesión de abogado en España a través de esta vía lo harán con el título español de abogado en cualquier actividad profesional —por cuenta propia o por cuenta ajena— permitida por la normativa aplicable a los abogados ejercientes con este título en España. Se trata, pues, de la vía más recomendada, entre todas las posibles, ya que reduce significativamente el tiempo de acceso del interesado al ejercicio pleno de esta profesión y su posterior colegiación en nuestro país.

1.1.2. *El ejercicio permanente de la profesión de abogado en España con un título profesional obtenido en otro Estado miembro de la UE, del EEE o en Suiza*

En paralelo al régimen amparado por el RD 581/2017, nuestro ordenamiento ha habilitado una vía distinta mediante la aprobación del Real De-

⁷ De conformidad con lo establecido en la Resolución de 4 de junio de 2009, de la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia (*BOE* núm. 216, de 9 de septiembre de 2013).

⁸ Véase al respecto la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), de 11 de diciembre de 2018, núm. 1751/2018 (ECLI:ES:TS:2018:4366), por la que se deniega el reconocimiento profesional solicitado por el interesado debido a que el título aportado por el solicitante solo constituía una vía de acceso a la abogacía en los Países Bajos, pero no le habilitaba para su ejercicio en este país. La traducción del documento original en neerlandés puso de relieve que dicho título daba acceso a lo que allí se denomina «*advocaat*», no al «*advocaat*», que es en definitiva la actividad profesional que, según lo establecido en el Anexo I de la Orden, declara como equivalente dicha titulación a la titulación de abogado en nuestro país.

creto 936/2001, de 3 de agosto, por el que se regula el ejercicio permanente en España de la profesión de abogado con un título profesional obtenido en otro Estado miembro de la UE o del EEE⁹ (RD 936/ 2001)¹⁰.

Las notas distintivas advertidas entre este régimen y el establecido en el RD 581/2017 son dos. La primera reside en que el ejercicio de esta profesión en territorio español no precisa el reconocimiento del título extranjero de abogado, ya que el interesado podrá ejercer con el título de abogado obtenido en otro Estado miembro de la UE, del EEE o en Suiza. La segunda, y más importante, consiste en que el alcance de este ejercicio no es el mismo en las distintas fases de acceso articuladas al efecto: la inscripción (primera fase) y la incorporación (una segunda fase).

El acceso a la profesión de abogado mediante la inscripción (primera a fase) se inicia mediante solicitud dirigida al Colegio de Abogados correspondiente al ámbito territorial en que se encuentre el domicilio profesional del solicitante (art. 5, apdo. 2), y será la Junta de Gobierno de dicho Colegio la encargada de resolver motivadamente la solicitud de inscripción en un plazo máximo de dos meses. Dicha solicitud se considerará admitida si la Junta de Gobierno no resuelve dentro del referido término (art. 7).

La inscripción implica la inclusión del solicitante en una lista denominada «abogados europeos inscritos»¹¹, la asignación de su correspondiente número de afiliación y su asimilación a las actividades y reglas profesionales y deontológicas que rigen para los abogados ejercientes con título español (art. 9). Pero, a diferencia del supuesto anterior, aquel estará obligado a ejercer con expresa mención de su título de origen (art. 10) y su ejercicio quedará sometido a ciertas restricciones. Así, por ejemplo, el abogado inscrito podrá prestar asesoramiento jurídico en materia de Derecho de su Estado miembro de origen, de la UE y de Derecho internacional y español; en cambio, precisará de una actuación concertada con un abogado colegiado en España para actividades que impliquen la defensa del cliente ante juzgados y tribunales u organismos públicos con funciones jurisdiccionales, para la asistencia, comunicación y visitas a detenidos y presos en que sea preceptiva la intervención de un abogado, así como en aquellos casos en que, no siendo preceptiva tal intervención, la normativa española la exija si el interesado no desea intervenir por sí mismo. En toda intervención concertada, el abogado colegiado y el abogado europeo inscrito asumen solidariamente las responsabilidades civiles y deontológicas derivadas de su actuación, pero este último no podrá incorporarse a las listas del turno

⁹ BOE núm. 186, de 4 de agosto de 2001.

¹⁰ Es el encargo de incorporar la Directiva 98/5/CE (RD 936/2001), destinada a facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que se haya obtenido el título profesional, DOUE L 77, de 14 de marzo de 1998.

¹¹ El Colegio requerido deberá habilitar un registro independiente para estos profesionales, debiendo poner en conocimiento de estos extremos al Consejo General de la Abogacía y al Ministerio de Justicia en el plazo máximo de quince días desde la inscripción, que a su vez informará a la autoridad competente del Estado miembro de origen del interesado en los quince días siguientes.

de oficio de los colegios ni ejercer actividades que en España se encuentren reservadas a otras profesiones, aunque esté autorizado a realizarlas en su país de origen (art. 11).

En la segunda fase tiene lugar la incorporación plena del abogado inscrito al ejercicio de la abogacía, siempre que acredite al Colegio donde reza su inscripción un ejercicio efectivo y regular en España durante tres años como mínimo (art. 17). La solicitud de incorporación debe venir acompañada de toda la documentación e información relativa al número y naturaleza de los asuntos que el solicitante haya tratado durante ese tiempo (art. 18). Valorada la solicitud, el Colegio dictará la resolución que corresponda en el plazo de tres meses desde su presentación, previo informe del Consejo General de la Abogacía (CGAE). La resolución en cuestión podrá decretar: *a*) la denegación de la colegiación, por no haberse acreditado un ejercicio efectivo y regular en España durante al menos tres años o por motivos de orden público relacionados con procedimientos disciplinarios, quejas o incidentes de cualquier tipo; *b*) la integración del solicitante en la abogacía española, o *c*) que el solicitante se someta a una entrevista, de considerar que ha quedado acreditada una actividad efectiva y regular de una duración mínima de tres años, pero de inferior duración en materias relativas al Derecho español. La entrevista tiene la finalidad de verificar si la actividad ejercida por el solicitante es efectiva y regular en base a la información y documentación aportada de los asuntos tratados, sus conocimientos y experiencia profesional en Derecho español, así como su participación en cursos o seminarios que involucren el Derecho interno, incluidas las normas reguladoras de la profesión y deontológicas. De su resultado dependerá la autorización de integración en la profesión o su denegación (art. 19).

Si la resolución dictada autoriza la integración en la profesión, esta se hará efectiva una vez formalizada la colegiación. De esta forma el solicitante alcanza la plena equiparación con los abogados ejercientes con el título español a todos los efectos, teniendo derecho a utilizar el título profesional de abogado de origen sin ninguna limitación y sin estar obligado a hacer mención de este extremo (art. 20.2)¹².

En caso de denegación, el solicitante podrá continuar ejerciendo bajo la modalidad de «abogado inscrito» en los términos antes referidos, sin perjuicio de poder activar paralelamente el reconocimiento en España de ese título profesional al amparo del RD 581/2017 y del RD 1837/2008. Contra dicha resolución cabe interponer los recursos colegiales (ante el Consejo de Colegios de la comunidad autónoma correspondiente o, en su defecto, ante el CGAE) y jurisdiccionales establecidos con carácter general para este tipo de trámites (art. 19.2).

¹² En un plazo máximo de quince días desde la resolución, el Colegio de Abogados comunicará de la misma al Estado de origen del interesado, al CGAE y al Ministerio de Justicia (art. 21.1), mismo término que afectará la formalización del trámite de colegiación (art. 21.2).

1.2. Normativa aplicable a la prestación temporal de un servicio

El RD 1837/2008 afecta asimismo a la normativa aplicable a la prestación de un servicio temporal como abogado en España¹³. En tal caso, no será necesario acudir a ninguno de los procedimientos anteriormente mencionados (reconocimiento, inscripción e integración), pues será suficiente con que el sujeto se encuentre establecido en otro Estado miembro de la UE, del EEE o en Suiza, y ejerza allí la profesión de abogado que pretende ejercer en España. La autoridad española solo le podrá requerir la acreditación de al menos dos años de ejercicio dentro de los diez años anteriores a la prestación, si la profesión de abogado no se encuentra regulada en el país de su establecimiento (art. 12.3)¹⁴. Para comprobar este extremo, será necesario consultar la *base de datos de profesiones reguladas* disponible en cada Estado, en la que se ofrece una información actualizada de dichas profesiones, de los puntos de contacto y de las autoridades nacionales competentes.

2. RÉGIMEN APLICABLE AL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN DE ABOGADO EN SUPUESTOS EXCLUIDOS DE LOS REGÍMENES DE TRASPOSICIÓN DE LAS DIRECTIVAS EUROPEAS

El ordenamiento español arbitra otras soluciones normativas para el resto de situaciones excluidas del ámbito de aplicación del RD 581/2017 y del RD 936/2001, esto es, cuando se trate de nacionales de Estados miembros de la UE, del EEE o suizos que no hayan obtenido la cualificación profesional requerida para ejercer la abogacía y colegiarse en su Estado de origen o de procedencia, o de nacionales de terceros Estados no protegidos por otras directivas europeas de libre circulación, o que, estando protegidos por estas, no dispongan de un título profesional de abogado expedido por una autoridad competente de algún Estado miembro de la UE, del EEE o de Suiza.

La condición básica de activación de este régimen obedece a la carencia de un título profesional de abogado. De ahí que antes de iniciar cualquier trámite el interesado deba conocer que para obtener el título profesional de abogado en España será necesario que acredite estar en posesión del título universitario de Licenciado o de Graduado en Derecho español o su equivalente cuando sea extranjero¹⁵ (art. 2 de la Ley 34/2006 de 30 de octubre, sobre el ac-

¹³ El RD 1837/2008 modifica la Directiva 2006/100/CE, del Consejo, de 20 de noviembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se adaptan determinadas directivas en el ámbito de la libre circulación de personas, con motivo de la adhesión de Bulgaria y Rumanía, *DOUE* L 141, de 20 de diciembre de 2006, que su vez contenía la Directiva 77/249/CEE, dirigida a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por los abogados, *DOUE* L 78, de 26 de marzo de 1977.

¹⁴ Algunas precisiones de interés en torno libertad de prestación de servicios por los abogados han sido fijadas por el TJUE en la Sentencia de 19 de enero de 1988, *Gullung*, C-292/86, ECLI:EU:C:1988:15.

¹⁵ Según las previsiones contenidas en el art. 88 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (*BOE* núm. 307, de 24 de diciembre de 2001).

ceso a las profesiones de abogado y procurador de los Tribunales¹⁶, y el art. 2, inciso *a*) del Real Decreto 775/2011, de 3 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 34/2006¹⁷). De modo que si el interesado está en posesión de un título académico de Licenciado o de Grado en Derecho extranjero, será preceptiva la convalidación en una universidad española de las materias superadas en el programa de origen, para, posteriormente, completar los estudios del programa español de Grado en Derecho conducente a la obtención del título de Grado español¹⁸ [Sección 2.ª del Real Decreto 967/2014, de 21 de noviembre, por el que se establecen los requisitos y el procedimiento para la homologación y declaración de equivalencia a titulación y a nivel académico universitario oficial y el procedimiento para determinar la correspondencia a los niveles del marco español de cualificaciones para la educación superior de los títulos oficiales de Arquitecto, Ingeniero, Licenciado, Arquitecto Técnico, Ingeniero Técnico y Diplomado¹⁹ (RD 967/2014) y en el Real Decreto 412/2014, de 6 de junio, por el que se establece la normativa básica de los procedimientos de admisión a las enseñanzas universitarias oficiales de Grado]²⁰.

A este trámite previo se suman otras tres exigencias establecidas por la propia Ley 34/2006 y su Reglamento (art. 3), contentivas de un itinerario de acceso a la profesión de abogado. El itinerario sigue el siguiente orden: 1) realización de un curso formativo específico en el que se han de adquirir un conjunto de competencias profesionales específicas; 2) desarrollo de un periodo de prácticas externas, y 3) evaluación de la aptitud profesional que culmina el proceso de capacitación con carácter previo a la inscripción en el correspondiente colegio profesional.

En cuanto a los requisitos de formación específica y el desarrollo de prácticas, la Ley 34/2006 reclama la superación de programas teórico-práctico con una duración de 90 créditos ECTS (arts. 3 al 5), mediante cursos organizados por universidades españolas —públicas o privadas— o por escuelas de prácticas jurídicas (máster de acceso a la abogacía o cursos de formación de acceso a la abogacía impartidos por escuelas de práctica jurídicas creadas por Colegios de Abogados homologados por el Consejo General de la Abogacía Española). Completado el periodo de formación teórico-práctico, el siguiente paso será la superación del examen estatal acreditativo de la capacitación profesional (apto), que conlleva la obtención del título profesional de abogado que a su vez permitirá la colegiación en España y, consecuentemente, la habilitación plena para el ejercicio de la profesión de abogado en nuestro país (art. 7).

¹⁶ *BOE* núm. 260, de 31 de noviembre de 2006.

¹⁷ *BOE* núm. 143, de 16 de junio de 2011.

¹⁸ Véase Guía explicativa sobre los procedimientos de homologación y equivalencia regulados por el RD 967/2014 del Ministerio de Educación Superior y la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), de 22 de noviembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3386).

¹⁹ *BOE* núm. 283, de 22 de noviembre de 2014.

²⁰ *BOE* núm. 138, de 7 de junio de 2014.

Con todo, se observa que una simple aproximación a las exigencias establecidas en los distintos regímenes abordados para el ejercicio de la profesión de abogado en España arroja que, siempre que los sujetos cubiertos por las directivas europeas puedan acreditar la posesión de un título profesional de abogado expedido por una autoridad competente de un Estado miembro de la UE, del EEE o de Suiza, las condiciones exigidas a tal efecto en España son mucho más rápidas y flexibles que las establecidas para el resto supuestos. Ello responde a que el procedimiento articulado en el régimen residual no solo impone la obligatoriedad de superar un máster o curso especializado teórico-práctico de una duración aproximada de dos años y un examen estatal, sino también la previa convalidación de estudios universitarios extranjeros y completar los estudios incluidos en el programa español de Grado en Derecho, cada vez que el interesado no disponga de un título de Licenciado o de Graduado en Derecho español. Esta última exigencia puede poner en entredicho el derecho de libre circulación cuando sea requerida a nacionales europeos o a sus familiares que se encuentren excluidos del régimen de trasposición de las mencionadas directivas. La consecuencia directa de tales exigencias implica la equiparación del efecto profesional, menos restrictivo, al académico, más restrictivo, y con ello, la imposición de condiciones mucho más gravosas y dilatadas que las establecidas al efecto profesional puro que cabe sostener en aplicación del régimen de trasposición.

Palabras clave: abogacía, abogado, ejercicio profesional.

Keywords: advocacy, lawyer, legal practice.



COMENTARIOS A LA SENTENCIA DE LA CORTE
INTERNACIONAL DE JUSTICIA DE 1 DE OCTUBRE
DE 2018 EN EL CASO DE LA OBLIGACIÓN DE NEGOCIAR
UN ACCESO (SOBERANO) AL OCÉANO PACÍFICO
(BOLIVIA C. CHILE)

COMMENTS ABOUT THE JUDGEMENT OF 1 OCTOBER 2018
OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE
ON THE CASE OBLIGATION TO NEGOTIATE ACCESS
TO THE PACIFIC OCEAN (BOLIVIA V. CHILE)

Antonio REMIRO BROTONS*

SUMARIO: 1. PRELIMINARES.—2. LA DEMANDA BOLIVIANA.—3. LAS FUENTES DE LA OBLIGACIÓN DE NEGOCIAR.—4. EL *PREJUICIO* DE LA CORTE.—5. EL CANJE DE NOTAS DE 20 DE JUNIO DE 1950.—6. EL *MEMORÁNDUM TRUCCO* Y LA NOTA DE RESPUESTA BOLIVIANA.—7. EL PROCESO DE CHARAÑA.—8. LAS PROMESAS DE CHILE.—9. EL OBJETO DE LA OBLIGACIÓN.—10. LAS *MIRADAS* DEL DERECHO INTERNACIONAL.—11. LOS PALIATIVOS.

1. PRELIMINARES

1. La mediterraneidad es un hándicap para el desarrollo de cualquier país. En primer lugar, porque le priva de los recursos naturales que, partiendo del principio de que «la tierra domina el mar», entrega a los Estados con litoral, a título de aguas interiores salinas, mar territorial, plataforma continental o zona económica exclusiva. En segundo lugar, porque la interposición de otro Estado soberano entre el mar y el Estado mediterráneo crea

* Catedrático Emérito de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Autónoma de Madrid. Miembro de *l'Institut de Droit International*. Formó parte del equipo de abogados del Estado Plurinacional de Bolivia ante la Corte Internacional de Justicia en el caso de la *Obligación de negociar un acceso al océano Pacífico (Bolivia c. Chile)*.

una dependencia mucho más costosa que el mero hecho de la distancia de un punto geográfico determinado respecto de la costa accesible más cercana. El Estado mediterráneo no solo ha de cuidar sus relaciones con el vecino marítimo, sino que está a expensas de la virtud de sus políticas de infraestructuras, sociolaborales, fiscales, regulatorias y de servicio público.

2. La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CONVEMAR) decepcionó en gran medida las expectativas de los países sin litoral. En relación con los recursos naturales, apenas una mención sometida al arbitrio de los vecinos ribereños sobre el acceso a sus excedentes pesqueros en la zona económica exclusiva¹. El derecho de acceso al y desde el mar y la libertad de tránsito para ejercer sus derechos conforme a la Convención son reconocidos, pero su ejecución se somete a la negociación de acuerdos con los Estados que han de facilitarlo, no sin exigir onerosas compensaciones².

3. Acercando el foco a Bolivia, podríamos señalar cuán diferente es la experiencia de un país que nace soberano sin mar a otro que lo tuvo ¡y en qué medida!, habiéndolo perdido por causa de una guerra de conquista blanqueada mediante un tratado desigual. La ceguera es una desgracia aún mayor cuando es sobrevenida.

4. De ese tratado de paz, suscrito el 20 de octubre de 1904, surgió el régimen particular de tránsito reconocido por Chile a Bolivia. Las dificultades y obstáculos recurrentes de su implementación han sido objeto de minuciosos estudios en este país³; dificultades y obstáculos que, junto con la marca a fuego en el corazón de los bolivianos de la injusticia histórica sufrida, dieron lugar a los movimientos que, con énfasis variable y metas más o menos ambiciosas, hicieron del acceso soberano al océano Pacífico, del *mar para Bolivia*, una seña de identidad, el tatuaje del pueblo boliviano por encima de diferencias étnicas, políticas, territoriales, económicas o sociales.

5. Las páginas que siguen se ocupan de un episodio reciente en la lucha pacífica por la realización de ese acceso soberano mediante una inevitable negociación con Chile, a saber, el procedimiento judicial desarrollado ante la Corte Internacional de Justicia que ha concluido con la Sentencia dictada el 1 de octubre de 2018⁴.

6. La Sentencia de 1 de octubre de 2018 ha sido, ciertamente, decepcionante para Bolivia; el fallo no fue el que deseaba y esperaba. La Corte ha desestimado su petitorio, declarando que Chile no está jurídicamente obligada a negociar un acceso soberano al océano Pacífico para Bolivia. Tres años antes,

¹ Véase art. 69 de la Convención.

² Véanse arts. 124-132 de la Convención.

³ Cabe destacar ahora la obra colectiva *Bolivia, un país privado de litoral: apuntes para un debate pendiente*, coordinada por AGRAMONT LECHÍN, D. y PERES CAJÍAS, J. A., con la colaboración de FLORES ORELLANA, M., GUZMÁN ESCOBARI, A. y FERNÁNDEZ ORTIZ, R., OXFAM/Plural Editores, diciembre de 2016. También, CAMPOS, R. y ROZEMBERG, R., *Estudio sobre los impactos y costos al comercio exterior boliviano relacionados a la conflictividad interna en países de tránsito*, ALADI, febrero de 2017.

⁴ *Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile)*, Judgment, ICJ Reports 2018, p. 507.

la Sentencia de 24 de septiembre de 2015, que rechazó la excepción preliminar planteada por Chile y afirmó la competencia de la Corte para conocer de la demanda boliviana⁵, había sido recibida por la opinión pública en Bolivia con gran alborozo. Luego, la fuerza de sus alegatos orales en la fase de fondo, seguidos en directo con gran expectación, alimentó la ilusión de que la Corte fallaría a favor del punto fundamental de su *petitum*.

7. Al no ser así, la percepción pública de derrota ha alimentado la frustración de la ciudadanía boliviana, tanto como la percepción de victoria se ha derramado sobre los ciudadanos chilenos en una explicable inversión de las sensaciones que unos y otros experimentaron tres años atrás. Los villanos de ayer son héroes hoy, y viceversa, trátense de políticos o abogados, objeto de descalificaciones que han rebasado los límites de la crítica profesional, faltando gravemente a la verdad.

2. LA DEMANDA BOLIVIANA

8. He de señalar que la demanda boliviana fue preparada con sumo cuidado. La advertencia de que se acudiría a una vía judicial fue anunciada en la señera fecha del 23 de marzo de 2011, una jornada conmemorativa de la reivindicación marítima que en Bolivia se celebra cada año. Dos semanas después se creó, muy acertadamente, la Dirección Estratégica (DIREMAR) que había de servirla y se conformó un equipo de abogados que coadyuvó a precisar el objeto de una reclamación judicialmente viable ante la Corte Internacional de Justicia. Si hubo «humo», fue el que se desprendía del fuego alimentado por las previsiones constitucionales del Estado Plurinacional⁶. El primer borrador se fechó el 31 de enero de 2012 y la demanda se presentó, finalmente, quince meses después, el 24 de abril de 2013. No menos de una docena de expertos, antiguos magistrados, profesores y agentes experimentados fueron consultados. En cierto momento DIREMAR planteó a sus abogados un cuestionario de 140 preguntas.

9. El equipo jurídico, finalmente consolidado en marzo de 2013, tenía muy claro que debía respetarse el tratado de paz de 1904, que dispone de una cláusula arbitral para el arreglo de las diferencias que surjan de su interpretación y cumplimiento. Por ahí no se podía ir. Carecía de recorrido solicitar la nulidad del tratado por incompatibilidad con un *ius cogens* sobrevenido,

⁵ *Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile), Preliminary Objection, Judgment, ICJ Reports 2015*, p. 592.

⁶ Art. 267 y DT 9.^a de la Constitución de 2009. Conforme al primero: «I. El Estado boliviano declara su derecho irrenunciable e imprescriptible sobre el territorio que le dé acceso al océano Pacífico y su espacio marítimo. II. La solución efectiva al diferendo marítimo a través de medios pacíficos y el ejercicio pleno de la soberanía sobre dicho territorio constituyen objetivos permanentes e irrenunciables del Estado boliviano». De acuerdo con la segunda: «Los tratados internacionales anteriores a la Constitución y que no la contradigan se mantendrán en el ordenamiento jurídico interno, con rango de ley. En el plazo de cuatro años desde la elección del nuevo Órgano Ejecutivo, este denunciará y, en su caso, renegociará los tratados internacionales que sean contrarios a la Constitución».

la norma imperativa que prohíbe el uso de la fuerza y descarta la conquista como título de adquisición de la soberanía, o su terminación, sea por un incumplimiento grave de Chile o por un cambio fundamental de circunstancias.

10. Por otro lado, se contaba con un bagaje impresionante de acuerdos y declaraciones en que, a lo largo de cien años, Chile prometía y se comprometía con Bolivia a atender sus anhelos de acceso soberano al océano Pacífico con independencia de este tratado. Se estimó que, una vez que en 2011 el Presidente de Chile, Sr. Piñera, se cerraba en banda a dicha posibilidad, una forma de salir del callejón sin salida era plantear ante la Corte la obligación jurídica asumida por Chile, mediante tales acuerdos y declaraciones, de negociar ese acceso.

11. Fue la estrategia correcta porque era la única posible para tratar de lograr el objetivo perseguido. La alternativa, en términos judiciales, era no hacer nada. Conformarse con la nota remitida al secretario de la Corte el 8 de julio de 2011 para hacer visible extrajudicialmente la posición e intereses de Bolivia como tercero en el procedimiento abierto por Perú contra Chile en relación con su frontera marítima, entonces en curso⁷.

12. Bolivia solicitó de la Corte, en su demanda de 24 de abril de 2013, una declaración modesta, un pequeño paso en la buena dirección para la solución del contencioso, a saber, que afirmara que Chile tenía la obligación de negociar con Bolivia su acceso soberano al océano Pacífico. Y avaló su solicitud con decenas de documentos que probaban el compromiso y la promesa. Siempre se fue consciente de que: 1) la Corte tenía jurisdicción sobre el objeto de la demanda tal como había sido formulada, y 2) el fondo del asunto era una cuestión muy abierta.

13. Se dice popularmente que, cuando no hay puentes, quien no se moja no cruza el río. Al depositar en la Secretaría de la Corte la demanda contra Chile, Bolivia asumía el riesgo de que la Corte rechazara su petitorio. No faltaron abogados que desaconsejaron la acción y propusieron ir por la vía del arbitraje de las diferencias sobre la aplicación del tratado de paz de 1904. Pero esta vía (que es objeto de una reserva expresa en la demanda a la Corte y puede seguirse en cualquier momento) hubiera supuesto orillar el reclamo del acceso soberano al océano Pacífico, marginado la única vía posible para dar cabal cumplimiento dentro del orden internacional a los preceptos de la Constitución de 2009 y supuesto el abandono de compromisos políticos asumidos con el pueblo boliviano. Se consideró que *no ganar* no implicaba inevitablemente *perder*; que la demanda en sí y la evacuación de un largo procedimiento favorecerían por sí mismos la causa boliviana. Veamos por qué.

⁷ En esa fecha el procedimiento escrito estaba prácticamente concluido; de hecho, la Dúplica de Chile se depositó tres días después, el 11 de julio de 2011. La nota de Bolivia no fue reproducida en la página web de la Corte. La diferencia marítima entre Perú y Chile fue objeto de la Sentencia de 27 de enero de 2014 [*Maritime Dispute (Peru v. Chile), Judgment, ICJ Reports 2014*, p. 3].

14. Bolivia se encontró con el regalo de la excepción preliminar planteada por Chile oponiéndose a la jurisdicción de la Corte para conocer de la demanda. Ganar este punto fue muy beneficioso para Bolivia. En mi opinión, Chile se equivocó estratégicamente al plantear dicha excepción y no creo que fueran sus abogados quienes lo recomendaran. Bolivia no solo había ratificado el Pacto de Bogotá el 9 de junio de 2011⁸, sino que había cuidado de retirar la reserva a su aplicación, adjunta al instrumento de ratificación, reserva que, objetada por Chile⁹, habría supuesto un incordio de haber sido mantenida.

15. A Chile le habría ido mejor yendo directamente al fondo del asunto. Entre otras cosas porque la Sentencia de 24 de septiembre de 2015 neutralizó definitivamente el argumento de Chile de que el tratado de paz de 1904 había resuelto todos los problemas pendientes y hacía inviable por sí mismo la consideración de la demanda boliviana.

16. Por otro lado, la narrativa histórica está ahora incorporada a las actas de la Corte y en la misma Sentencia de 1 de octubre de 2018 la Corte observa expresamente (párr. 175) que a la luz del contexto histórico y fáctico, que el fallo refleja ampliamente (párrs. 16-83), las relaciones entre Bolivia y Chile se caracterizan desde hace mucho tiempo por un diálogo, intercambios y negociaciones dirigidas a encontrar una solución adecuada al enclaustramiento de Bolivia originado por la *guerra del Pacífico* y el tratado de paz de 1904.

3. LAS FUENTES DE LA OBLIGACIÓN DE NEGOCIAR

17. La Sentencia de 1 de octubre de 2018, sustentada por 12 de los 15 jueces que participaron en su deliberación y votación, se alinea con la tesis chilena, según la cual ninguno de los documentos aportados y conductas invocadas por la demandante probaba que Chile hubiera asumido la obligación jurídica de negociar un acceso soberano de Bolivia al océano Pacífico. Nunca fue intención de Chile, se dijo, obligarse en derecho.

18. Conviene señalar que la demanda de Bolivia se basó fundamentalmente en la existencia de una obligación jurídica incorporada en acuerdos bilaterales, recurriendo a los actos unilaterales solo como fuente complementaria de la obligación y fiando en ella, sobre todo por la vía de su acumulación a lo largo de un prolongado periodo de tiempo. Los otros fundamentos jurídicos invocados, a saber, la aquiescencia, el *estoppel* y las expectativas legítimas, tenían un carácter secundario.

19. En el procedimiento, por otro lado, Bolivia consideró útil extenderse en la referencia a los arts. 2.3 de la Carta de las Naciones Unidas y 3 de la

⁸ Ley núm. 103, de 7 de abril de 2011.

⁹ El depósito de la objeción chilena a la reserva boliviana se produjo el 15 de junio de 2011, a los seis días del depósito del instrumento de ratificación del Pacto de Bogotá por Bolivia. El gobierno boliviano comunicó al depositario del Pacto la retirada de la reserva mediante nota verbal el 10 de abril de 2013. Estos documentos pueden consultarse en la página web de la OEA.

Carta de la Organización de Estados Americanos para, con independencia de la obligación de negociar el acceso soberano originada y cristalizada mediante acuerdos —algunos de los cuales se inducían del proceso de elaboración de ciertas resoluciones de la Asamblea General de la OEA— subrayar que las Partes estaban obligadas a negociar para solucionar pacíficamente sus diferencias.

20. La Corte dedica algo más de la mitad (párrs. 94-139) de la parte tercera de la sentencia a analizar uno por uno, en orden cronológico, los acuerdos bilaterales invocados por Bolivia como fundamento de la obligación jurídica, para llegar a la conclusión de que ninguno de ellos establece dicha obligación. Luego hace otro tanto con los demás fundamentos alegados, trátase de los actos unilaterales de Chile (párrs. 140-148), de la aquiescencia (párrs. 149-152), del *estoppel* (párrs. 153-159), o de las expectativas legítimas (párrs. 160-162).

21. La sentencia se refiere, luego, al art. 2.3 de la Carta de las Naciones Unidas y textos concordantes (párrs. 163-166) y al art. 3 y concordantes de la Carta de la OEA (párr. 167) para continuar con una consideración de las resoluciones de la Asamblea General de esta Organización (párrs. 168-171).

22. La sentencia remata esta parte con una consideración del alcance jurídico de todos los instrumentos, actos y conductas considerados cumulativamente (párrs. 172-174), siempre para confirmar su conclusión anterior.

4. EL PREJUCIO DE LA CORTE

23. En mi opinión, la mayoría del colegio judicial partió de un *prejuicio* y puso luego a su servicio la argumentación que permitía sostenerlo. En este sentido adoptó un patrón de comportamiento más propio de abogados que de jueces. Esta convicción se refuerza cuando se observa el espectacular giro del discurso de la primera parte (párrs. 16-83) y de la segunda (párrs. 84-90) a la tercera (párrs. 91-174). Aquellas alimentan la creencia de que la Corte está sentando las bases que han de permitirle declarar la obligación de negociar de Chile con Bolivia, al demorarse —la primera— en un relato que justifica (párr. 17) en «la importancia del contexto histórico» y fáctico en el asunto que le ha sido sometido y definir —la segunda— bajo la rúbrica de «Consideraciones preliminares», el contenido de dicha obligación. Sin embargo, esa creencia se ve luego radicalmente desmentida, en la tercera, por una demolición de todos los fundamentos jurídicos alegados por Bolivia para sostener su petitorio.

24. ¿El prejuicio?: asumir la *policy* de que los Estados deben conservar la más amplia libertad en sus relaciones; de ahí el lema: *una disposición a negociar no implica una obligación de negociar*. «El hecho de negociar una cuestión dada en un momento determinado no basta para dar nacimiento a una obligación de negociar» (párr. 91). Y su consecuencia: elevar el umbral a partir del cual se identifica la intención de obligarse a estratos sidera-

les, a las puertas del Paraíso. De ahí la letanía de negativas a percibir en los acuerdos y declaraciones alegados por Bolivia señal alguna de intención de obligarse en derecho.

25. La mayoría es dogmática en sus razonamientos, elabora poco el discurso, descontextualiza y aísla los documentos que ha de valorar, ignora el papel de la buena fe en la interpretación y establece un muro insalvable entre ese derecho positivo ritualista y extremo que adopta y los principios morales que deben legitimarlo. La Corte, como advierte el Juez *ad hoc* Daudet en su opinión disidente, no ha querido sentar un precedente arriesgándose a abrir caminos inciertos para el tránsito de asuntos posteriores sometidos a su decisión; pero esta prudencia no tenía razón de ser en este caso en el que se contaba con una prueba abundante del compromiso jurídico de Chile¹⁰.

26. Aunque puedo estar de acuerdo con algunos aspectos del fallo, por ejemplo, en relación con la aquiescencia, el *estoppel* o las expectativas legítimas, que siempre fueron elementos de *compañía* del fundamento principal, anclado en los acuerdos y en la acumulación de promesas hechas por Chile a lo largo de un siglo, el que se haya negado la calidad de acuerdo vinculante en Derecho a las notas canjeadas el 20 de junio de 1950¹¹, al subsiguiente *memorándum Trucco* de 1961 y la nota de respuesta de Bolivia de 1962 como renovación del acuerdo y confirmación de la obligación asumida¹², y a las diferentes declaraciones y notas intercambiadas en el proceso de Charaña¹³, es particularmente expresivo de la falta de ponderación y sensibilidad de una mayoría condicionada por el prejuicio del que había partido.

27. Otro tanto cabe decir del tratamiento que la mayoría depara a las promesas y declaraciones hechas y reiteradas durante decenios por los más altos representantes de Chile, negando el efecto jurídico inducido por su acumulación, con independencia del valor que pudiera reconocerse a cada una de ellas.

28. En los párrafos siguientes consideraremos con más detenimiento estos puntos.

5. EL CANJE DE NOTAS DE 20 DE JUNIO DE 1950

29. En relación con el canje de notas de 20 de junio de 1950 la sentencia afirma que este no satisface ninguna de las condiciones que, según el Derecho internacional consuetudinario, reflejado en el art. 13 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁴, implican consentimiento de las

¹⁰ Párrs. 39-41 de la opinión disidente del Juez *ad hoc* Daudet.

¹¹ Véanse párrs. 116-118 de la Sentencia de 1 de octubre de 2018.

¹² Véase párr. 119 de la Sentencia de 1 de octubre de 2018.

¹³ Véase párr. 126 de la Sentencia de 1 de octubre de 2018.

¹⁴ Dispone el art. 13 de la Convención que: «El consentimiento de los Estados en obligarse por un tratado constituido por instrumentos canjeados entre ellos se manifestará mediante este canje:

partes a obligarse, pues ni las notas prevén que su canje tendrá este efecto ni, por otro lado, Bolivia —según la Corte— ha facilitado la prueba de que lo habían convenido de otro modo.

30. Añade la sentencia que el canje de notas de junio de 1950 no se conforma con la práctica habitual que se sigue cuando se concluye un acuerdo internacional por esta vía: las notas boliviana y chilena no están redactadas de la misma manera y no reflejan posiciones idénticas, especialmente en lo que se refiere a la cuestión crucial de las negociaciones relativas al acceso soberano de Bolivia al océano Pacífico.

31. El canje de notas, concluye la sentencia, no puede considerarse un acuerdo internacional y, en todo caso, si la nota de Chile expresa su disposición a entrar en negociaciones directas, no puede deducirse de ello que haya aceptado una obligación de negociar un acceso soberano¹⁵.

32. Haré la crítica, no con mis palabras, sino con las del Juez Salam, en su opinión disidente: es evidente, conforme al tenor de las notas canjeadas, que los dos Estados consideraban, en el momento de su redacción, que la negociación para concluir un acuerdo que supondría ventajas recíprocas para ambos era la única solución factible para tratar de responder a las aspiraciones de Bolivia. Es, asimismo, evidente, conforme al tenor de las notas, que estas consagraban en los mismos términos el núcleo de su compromiso, a saber, «entrar formalmente en negociaciones directas». Las notas identifican el objetivo de las negociaciones: acordar ventajas recíprocas. Para Bolivia, la obtención de un acceso soberano al océano Pacífico; para Chile, una compensación de carácter no territorial que tenga plenamente en cuenta sus intereses. Es en este contexto y para satisfacer este objetivo que Chile consintió obligarse a negociar con Bolivia.

33. La nota chilena, continúa el Juez Salam, constituía por sí misma una respuesta a la nota boliviana y, en la medida en que reproducía lo esencial de los términos del compromiso propuesto, no puede considerarse, como pretende Chile, como una contrapropuesta que reclamara una respuesta de la parte demandante. Los pasajes citados de las notas canjeadas en 1950, leídos conforme a su sentido ordinario y en su contexto, y habida cuenta de la capacidad de sus redactores para obligar al Estado, deberían haber sido interpretados por la Corte como fundamento de un acuerdo entre las partes sobre la necesidad de negociar la cuestión de la concesión a Bolivia de un acceso soberano al océano Pacífico.

34. Y el Juez Salam concluye: en el contexto de los numerosos intercambios entre las partes sobre la cuestión del enclaustramiento de Bolivia a partir del tratado de 1904, las notas de 1950 cristalizan su *obligación de negociar*¹⁶.

a) cuando los instrumentos dispongan que su canje tendrá ese efecto, o b) cuando conste de otro modo que esos Estados han convenido que el canje de los instrumentos tenga ese efecto».

¹⁵ Párrs. 116-118 de la Sentencia de 1 de octubre de 2018.

¹⁶ Párrs. 8-11 de la opinión disidente del Juez Salam.

35. A su vez, el Juez *ad hoc* Daudet, que comparte este punto de vista, advierte que las notas de 1950 y los documentos sucesivos presentan las características de un acto jurídico y no solo político o diplomático, pues constituyen un conjunto elaborado desde el punto de vista sustancial y fijan el encuentro de voluntades expresadas por personas habilitadas para ello sobre un objeto y un fin común. Las notas boliviana y chilena son actos concordantes y la observación de la Corte de que no han sido formuladas de la misma manera no quita un ápice a la creación de una obligación jurídica. Invocar que el texto de tales notas no es idéntico palabra a palabra para rechazar la tesis boliviana revela un excesivo formalismo, pues ambos textos se refieren a un acuerdo para entrar en negociaciones directas y comparten al mismo objeto de la negociación¹⁷.

6. EL MEMORÁNDUM TRUCCO Y LA NOTA DE RESPUESTA BOLIVIANA

36. La sentencia despacha el *memorándum Trucco*, de 10 de julio de 1961, en cuatro líneas porque, dice, repitiendo ciertas declaraciones contenidas en la nota de 20 de junio de 1950, no crea ni reafirma una obligación de negociar el acceso soberano de Bolivia al océano Pacífico¹⁸.

37. Seguiré confiando mi crítica a las razones expresadas en las opiniones disidentes de algunos jueces. Al Juez Robinson le parece sorprendente (*surprising*) y asombroso (*astounding*) la actitud de la mayoría, al ignorar la respuesta de Bolivia al *memorándum*, el 9 de febrero de 1962, a pesar de que la menciona en el relato de hechos de la primera parte¹⁹. El Juez Robinson afirma que la mayoría interpreta mal la significación del *memorándum* y de la respuesta boliviana. El *memorándum* no ha de leerse aisladamente, sino conjuntamente con la nota del canciller de Bolivia de 9 de febrero²⁰.

38. Para los Jueces Salam y Daudet el *memorándum Trucco* forma parte de la práctica ulterior que confirma la obligación jurídica de negociar convenida mediante el canje de notas de junio de 1950²¹.

39. Haciendo referencia a la respuesta que el ministro de relaciones exteriores de Bolivia dio al *memorándum Trucco* el 9 de febrero de 1962, el Juez Salam señala que, vistos los términos empleados por estos documentos y el contexto en que fueron redactados, ambos deben ser interpretados como renovando un acuerdo de las partes sobre la negociación. El *memorándum* fue comunicado por vía oficial a Bolivia y el hecho de que la nota boliviana se

¹⁷ Párrs. 19-25 de la opinión disidente del Juez *ad hoc* Daudet.

¹⁸ Párr. 119 de la Sentencia de 1 de octubre de 2018.

¹⁹ Párr. 56 de la Sentencia de 1 de octubre de 2018.

²⁰ Párrs. 64-66 de la opinión disidente del Juez Robinson.

²¹ Párrs. 12-14 de la opinión disidente del Juez Salam; párr. 25 de la opinión disidente del Juez *ad hoc* Daudet.

haya demorado seis meses no es, en cuanto tal, obstáculo para el encuentro de voluntades²².

40. Para el Juez Robinson es el *memorándum Trucco*, con la respuesta boliviana de 9 de febrero de 1962, el fundamento mismo de la obligación jurídica de Chile de negociar el acceso soberano de Bolivia al océano Pacífico. El juez jamaiquino se explaya sobre este punto²³. Él cree que la falta de respuesta de Bolivia a la contrapropuesta de Chile de la nota de 20 de junio de 1950 fue subsanada cuando Chile la renovó mediante el *memorándum* y Bolivia la aceptó en su nota del 9 de febrero. Según el Juez Robinson hay entre las notas de junio de 1950, el *memorándum Trucco* de julio de 1961 y la respuesta boliviana de febrero de 1962 una relación simbiótica²⁴.

41. El Juez Robinson se detiene en todos y cada uno de los párrafos que componen ambos documentos, sendas notas diplomáticas, y concluye que tanto por su contenido como por el contexto y las particulares circunstancias en que se produjeron se desprende de ellos inevitablemente la intención de las partes de crear una obligación jurídica. No habría tenido sentido que Bolivia asumiese el enorme compromiso de compensar a Chile a cambio de lograr un acceso soberano al océano Pacífico, si las partes no eran conscientes de que se estaban implicando en la asunción de obligaciones jurídicamente vinculantes. El lenguaje del *memorándum* y de la respuesta boliviana indican que las partes tenían la intención de obligarse; ambas notas constituyen un acuerdo entre las partes de negociar el acceso soberano. Leídas conjuntamente contra el telón de fondo de las notas de 1950 resulta claro que las partes estaban operando sobre la base de un *quid pro quo*, la clase de *quid pro quo* que está en el corazón de la celebración de tratados entre Estados soberanos²⁵.

7. EL PROCESO DE CHARAÑA

42. Estima la sentencia que la redacción de la declaración de Charaña, suscrita el 8 de febrero de 1975 por los presidentes de Bolivia y Chile, considerada en su conjunto, sugiere su naturaleza política. El compromiso de «proseguir el diálogo [...] a fin de buscar mecanismos que permitan resolver [...] los problemas vitales a que se enfrentan los dos países, particularmente el enclaustramiento de Bolivia» no puede constituir —se afirma— un compromiso jurídico de negociar su acceso soberano al mar, que no es siquiera expresamente mencionado. Siendo cierto que los ministros de relaciones exteriores indicaron en su declaración conjunta de 10 de junio de 1977 que «se habían emprendido negociaciones [...] para encontrar una solución eficaz que permita a Bolivia obtener un acceso libre y soberano al océano Pacífi-

²² Párrs. 13-14 de la opinión disidente del Juez Salam.

²³ Párrs. 6 y 52-68 de la opinión disidente del Juez Robinson.

²⁴ Párrs. 61-62 de la opinión disidente del Juez Robinson.

²⁵ Párrs. 53-63, 66 y 75 de la opinión disidente del Juez Robinson.

co», no lo es menos que los ministros se han contentado con reafirmar «la necesidad de continuar las negociaciones», sin referirse a una obligación de negociar²⁶.

43. El Juez Robinson discrepa radicalmente de la mayoría que sustenta la sentencia. En su opinión, las declaraciones de 1975 y 1977 deben ser leídas conjuntamente y en ellas encontramos el fundamento necesario para un instrumento consensuado expresivo de una obligación de negociar el acceso soberano de Bolivia al Pacífico. El Juez Robinson subraya la importancia de las palabras de la declaración de los presidentes: «Han resuelto» es un lenguaje típico de la celebración de tratados, que implica en cualquier caso —se traduzca por *have decided* o por *have resolved*— una decisión expresiva de la intención de establecer una obligación. Cabe presumir que Chile era consciente de ello cuando la incluyó en la colección de tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores. Por otro lado, teniendo en cuenta la historia de las negociaciones entre ambos países es muy razonable concluir, afirma el Juez Robinson, que la referencia en la declaración de 1975 al enclaustramiento de Bolivia era una referencia a la cuestión de su acceso soberano al océano, y que la frase «continuar el diálogo» significaba continuar las negociaciones; la declaración de 1977 despeja cualquier duda al respecto. El carácter vinculante de la declaración de Charaña, señala el juez, es totalmente consistente con el carácter vinculante del *memorándum Trucco* (1961) y la respuesta de Bolivia (1962); incluso hace aún más clara la obligación asumida. Todos ellos, a la luz de su contenido y de las «particulares circunstancias» o contexto en que fueron elaborados, prueban la intención de las partes de crear una obligación de Chile de negociar el acceso soberano de Bolivia al océano Pacífico y el compromiso de las partes de encontrar mediante negociaciones una estrategia eficaz para alcanzar ese resultado²⁷.

44. Para el Juez Salam la declaración de Charaña demuestra la voluntad de las partes de proseguir las negociaciones a fin de resolver, en particular, el problema del enclaustramiento de Bolivia. El compromiso de Chile, observa el juez libanés, es confirmado por numerosas declaraciones unilaterales, entre las que destaca la carta dirigida por el presidente chileno a su homólogo boliviano el 18 de enero de 1978. Tras considerar los términos en que está redactada, el Juez Salam advierte que el lenguaje empleado por el presidente chileno es, a la vez, más preciso y fuerte que el empleado por el Ministro de relaciones exteriores de Noruega, Sr. Ihlen, en una declaración que la Corte Permanente de Justicia Internacional consideró una promesa vinculante que la obligaba a no discutir la soberanía de Dinamarca sobre el conjunto de Groenlandia y, *a fortiori*, a abstenerse de ocupar una parte de la misma²⁸.

45. El Juez Salam lamenta que la Corte no haya situado los canjes de notas de 1950 y de 1961-1962 en su contexto histórico y, en particular, que no

²⁶ Párr. 126 de la Sentencia de 1 de octubre de 2018.

²⁷ Párrs. 69-71, 76-77 y 92 de la opinión disidente del Juez Robinson.

²⁸ Párrs. 15-19 de la opinión disidente del Juez Salam.

haya tenido suficientemente en cuenta la existencia de una causa que impelía a Chile a obligarse a negociar. Si el canje de notas de 1950 representa un acuerdo que consagra la obligación de las partes de negociar a fin de otorgar a Bolivia un acceso soberano al océano Pacífico, los acontecimientos posteriores, del *memorándum Trucco* a la declaración de Charaña, los actos unilaterales de Chile y su participación en ciclos de negociaciones posteriores, constituyen un conjunto de acciones de las que puede deducirse razonablemente la persistencia de esta obligación²⁹.

46. La declaración de Charaña de 8 de febrero de 1975, advierte el Juez *ad hoc* Daudet, mezcla elementos político-diplomáticos y elementos jurídicos, lo que es absolutamente normal. La aceptación por Chile de la obligación de negociar se deduce del hecho del carácter condicional que tiene, respecto de esa obligación, el restablecimiento de relaciones diplomáticas. Esa voluntad común de negociar se expresa sobre un objeto claramente identificado (el enclaustramiento de Bolivia hace referencia al acceso soberano al mar abundantemente tratado en las etapas precedentes), lo que será confirmado en el proceso de intercambios y declaraciones que se siguen hasta 1978, que en su conjunto constituyen un bloque de compromisos, aunque tomados individualmente no todos tienen el mismo alcance jurídico. En este conjunto el Juez Daudet destaca las propuestas y contrapropuestas prácticas y precisas de las partes, que no pueden reducirse a la consideración de meras declaraciones generales de índole política, formuladas sin intención de darles una continuación en una negociación y, por tanto, sin alcance jurídico³⁰.

47. El proceso de Charaña, advierte el juez francés, ha sido denso, pero tomado como un todo tiene una importancia jurídica evidente, pues hace mención inequívoca al acceso soberano de Bolivia al mar y a la voluntad de buscar los medios más apropiados para hacerlo posible, en términos de identificación de territorios en provecho de Bolivia y de intercambios compensatorios en provecho de Chile. Se está, pues, en presencia de una expresión de voluntad de negociar que obliga a Chile. Incluso suponiendo que la declaración de Charaña no estableciese por sí misma un compromiso jurídicamente vinculante, la práctica subsiguiente justificaría el reconocimiento de esa obligación³¹.

8. LAS PROMESAS DE CHILE

48. Creo, asimismo, que la mayoría que determinó la sentencia debió ser sensible al efecto acumulativo de las decenas de manifestaciones de los más altos representantes chilenos en diferentes periodos históricos, manifestaciones que se negó a contextualizar debidamente³². Conviene recordar que, en

²⁹ Párrs. 22-23 de la opinión disidente del Juez Salam.

³⁰ Párrs. 27-32 de la opinión disidente del Juez *ad hoc* Daudet.

³¹ Párrs. 34-35 de la opinión disidente del Juez *ad hoc* Daudet.

³² Véase párr. 174 de la Sentencia de 1 de octubre de 2018.

todo caso, la obligación mediante actos unilaterales (a los que la sentencia rinde *lip service*, para a continuación despojarlos de cualquier posibilidad de rendir fruto en el futuro, véanse párrs. 146-148) fue un alegato complementario a la obligación contractual que entiendo, con los jueces disidentes, más que satisfactoriamente probada por Bolivia con base en los instrumentos ya citados.

49. La sentencia rechaza sumariamente que la obligación jurídica de negociar pueda resultar de una acumulación de actos sucesivos de Chile que, en sí mismos, uno por uno, carecen de efecto jurídico. Dicho esto, la Corte considera innecesario considerar si hubo o no continuidad en el intercambio entre las partes³³. La Corte yerra. Es cierto que una ola de mar no socava una roca, pero la socava el oleaje. Es cierto que la fricción de dos astillas no crea el fuego, pero sí lo crea una sucesión continua de fricciones. Es cierto que el cuchicheo entre dos personas no produce el murmullo, pero sí lo produce una concurrencia de susurros.

50. Los Jueces Robinson y Salam no se ocupan de esta cuestión en sus opiniones disidentes, una vez que han verificado la existencia de acuerdos entre las partes que obligarían en derecho a Chile a negociar el acceso soberano de Bolivia al océano Pacífico. Sí lo hace el Juez *ad hoc* Daudet. La Corte, dice el juez francés, ha optado por una aplicación de la regla de derecho muy indiferente a las realidades históricas y políticas de este caso, así como a las exigencias morales que le habrían permitido contextualizar la regla. La fórmula según la cual $0 + 0 + 0 = 0$, utilizada por uno de los consejeros de Chile y aplicada por la Corte, es exacta en aritmética, pero no lo es necesariamente en Derecho internacional, una ciencia social cuyas reglas no se aplican de manera mecánica. No hay motivo para considerar los actos de Chile aisladamente, pues interesan al mismo objeto y participan de la misma reivindicación, repetida por Bolivia durante más de un siglo, alimentada por un sentimiento de injusticia histórica. Con la esperanza de lograr un resultado positivo, esa reivindicación ha sido formulada de diversas maneras, bajo diversas condiciones y en actos y comportamientos variados que han entrañado, de parte de Chile, respuestas igualmente variadas en contenido e intensidad, procedentes siempre de los máximos responsables de la política exterior. Tales tomas de posición deben ser consideradas en su conjunto y no someterse al mismo régimen que un acto único y aislado que puede ser examinado en sí mismo y fuera de contexto. El Derecho internacional no ignora el efecto de la repetición, incluso la requiere en ocasiones (como, p. ej., tratándose de la protesta) como elemento que permite conferir efecto jurídico a un acto³⁴.

51. Con su decisión, advierte Daudet, la Corte hace descansar su razonamiento en un positivismo particularmente riguroso que, amén de ignorar el efecto acumulativo de los elementos sucesivos invocados por Bolivia, establece una distinción demasiado estanca entre obligación jurídica y obligación

³³ Párr. 174 de la Sentencia de 1 de octubre de 2018.

³⁴ Párrs. 2, 4 y 42-43 de la opinión disidente del Juez *ad hoc* Daudet.

moral o «político-diplomática» allí donde la naturaleza de la obligación de negociar invocada por Bolivia permanece incierta³⁵.

52. Este último punto es particularmente interesante porque permite constatar hasta qué punto la Corte ha prescindido de toda consideración de los aspectos morales y, en particular, del principio de buena fe, al calificar la larguísima serie de documentos aportados por Bolivia para probar la existencia de una obligación jurídica de negociación por parte de Chile de su acceso soberano al océano Pacífico. Lo menos que cabía esperar de un Estado actuando de buena fe, como seguramente lo hacía Chile al alimentar las esperanzas de su vecino con declaraciones que debían conducirlo a la mesa de negociaciones, es que mucho más tarde, delante de la Corte y *ex post*, las presentara como expresiones de mera cortesía diplomática. Admitir la hipótesis —que el Juez Daudet excluye— de que Chile habría caminado cuidadosamente sobre el filo de navaja que separa la promesa político-diplomática de la promesa jurídica, cuidándose muy mucho de caer en ella, plantearía la cuestión de saber si la salvaguarda de la integridad jurídica del procedimiento de negociación, instrumento privilegiado de las relaciones internacionales, justificaría que esas mismas relaciones puedan descansar sin daño sobre comportamientos moralmente discutibles y, por ello, sobre bases poco fiables, cuando se proponen las nociones de buena conducta o de confianza recíproca. Y el juez francés concluye: ciertamente... una intención de negociar no es una obligación de hacerlo, pero es lamentable que la Corte no se haya planteado la cuestión de saber si, cuando una intención se repite a lo largo del tiempo y a menudo por los principales responsables del Estado, la distinción entre la noción de intención y la de obligación puede mantenerse³⁶.

9. EL OBJETO DE LA OBLIGACIÓN

53. De haber aceptado el primer punto del petitorio boliviano, la determinación del objeto preciso de la obligación habría tenido una gran importancia para la interpretación del fallo. El hecho de que la Sentencia de 1 de octubre de 2018 trate esta cuestión como *preliminar* a la consideración de los fundamentos jurídicos invocados por Bolivia para establecer dicha obligación, y tras un relato de hechos que constata la veracidad de los documentos aportados por la parte demandante, podía alimentar la esperanza de que la Corte estaba preparando el terreno para, a continuación, tras precisar el objeto de la obligación, declarar su naturaleza jurídica. No lo hizo así y, en consecuencia, el debate sobre el objeto ha reducido considerablemente su interés, aunque no es estrictamente doctrinal, pues las consideraciones que se hicieron pueden servir como directrices de futuras negociaciones por impensables que parezcan a corto plazo.

³⁵ Párr. 41 de la opinión disidente del Juez *ad hoc* Daudet.

³⁶ Párrs. 44-48 de la opinión disidente del Juez *ad hoc* Daudet.

54. Se ha acusado a Bolivia de dispersión argumental en relación con la definición de la obligación cuyo cumplimiento por Chile reclamaba. Yo no hablaría de dispersión. El petitorio de Bolivia no cambió de la demanda a las conclusiones leídas por el agente al término de las audiencias orales³⁷. Lo que sí se matizó fue la descripción de esa obligación, atendiendo a las consideraciones hechas por la Corte en la Sentencia de 24 de septiembre de 2015³⁸ sobre la excepción preliminar planteada por Chile. Bolivia entendió que los jueces daban una gran importancia a precisar este punto y trató de adecuar su alegato al perfil que, conservando el núcleo de sus expectativas, facilitara el respaldo de una mayoría judicial. En definitiva, lo que se expresó es que Bolivia buscaba de la Corte una declaración de que Chile estaba obligada jurídicamente a negociar (conducta) en pos de un resultado (el acceso soberano al océano Pacífico), pero que eso no implicaba la obligación de alcanzar ese resultado. Ese resultado sería el fruto natural de una negociación llevada a cabo de buena fe, lo que implicaba la renuncia por ambas partes a posiciones extremas, la motivación de sus negativas a aceptar las propuestas del otro y la búsqueda de compromisos satisfactorios para ambas.

55. En la Sentencia de 1 de octubre de 2018 la Corte hace amplia referencia a la Sentencia de 24 de septiembre de 2015 para recalcar que la obligación de negociar alegada por Bolivia no comprende el compromiso de llegar a un acuerdo y que las conclusiones de Bolivia no deberían interpretarse en este sentido³⁹.

56. Considerando, por otro lado, que la expresión «acceso soberano» podía dar lugar a diferentes interpretaciones, la Corte hace expresa referencia a la respuesta de Bolivia a la pregunta formulada por el Juez Owada al término de las audiencias orales consagradas al examen de la excepción preliminar: Bolivia ha precisado que para que haya «acceso soberano» Chile «debía asegurar(le) [...] un acceso al mar que le sea propio y con soberanía, conforme al Derecho internacional». Asimismo, se refiere a su Réplica, en la que precisó que «un acceso soberano existe cuando un Estado no depende de nada ni de nadie para disfrutar dicho acceso» y que «el acceso soberano es un régimen que garantiza un camino ininterrumpido al mar, correspondiendo a Bolivia en exclusiva la administración y control, físico y jurídico, de las condiciones de este acceso»⁴⁰.

57. El Juez Robinson, en su opinión disidente, critica la clasificación de obligaciones en obligaciones de conducta y de resultado, considerando que, aun siendo útil, no abarca el abanico de obligaciones que pueden ser asumidas por los Estados en sus relaciones. Lo más conveniente, dice, es identificar lo mejor posible la concreta obligación consentida por un Estado y decidir

³⁷ Como advierte la Sentencia de 1 de octubre de 2018 (párr. 85).

³⁸ Véanse párrs. 33-35 de la Sentencia de 24 de septiembre de 2015.

³⁹ Párrs. 84-89 de la Sentencia de 1 de octubre de 2018.

⁴⁰ Párr. 90 de la Sentencia de 1 de octubre de 2018.

a partir de ahí si la ha incumplido. Entiende el juez jamaiquino probada la obligación de Chile de encontrar, mediante negociaciones directas con Bolivia, una fórmula o solución que facilite su acceso soberano al Pacífico (lo que implicaría una cesión territorial). Según el Juez Robinson esto es menos de lo que solicitaba Bolivia de la Corte, a saber, una obligación de negociar a fin de lograr un acuerdo que conceda a Bolivia un acceso soberano pleno al Pacífico, pero está en la mano de la Corte concederlo, pues como esta afirmó en *Libia v. Malta* «la Corte no debe exceder la jurisdicción que le han concedido las Partes, pero debe asimismo ejercerla hasta el límite en que le ha sido concedida»⁴¹.

58. El Juez Salam parte de la base del alcance limitado que tiene, por su misma naturaleza, la «obligación de negociar», lo que explicaría el bajo umbral de persuasión requerido para probar la existencia de la intención de obligarse a negociar, deducible de diferentes índices, el contexto en primer lugar y, más particularmente, la existencia de una causa que justifique esa intención; luego, los términos de los diferentes instrumentos que la reflejan y, por último, la práctica posterior⁴². Entiende el Juez Salam que su conclusión sobre la existencia de una obligación de negociar en este caso es tanto más razonable cuanto es limitado el compromiso consentido. Este no puede ser interpretado en ningún caso como una obligación de resultado, concluye el juez después de haber advertido, a través de la evocación de las diferentes aseveraciones hechas por Bolivia a lo largo del procedimiento, escrito y oral, que el demandante había cultivado una cierta ambigüedad sobre el alcance de la obligación⁴³.

59. A la ambigüedad de la posición boliviana hace también referencia el Juez *ad hoc* Daudet. Al igual que el Juez Salam, Daudet considera que Bolivia, en su demanda, concibió la obligación de Chile como una obligación de resultado, una posición que fue atenuando a lo largo del procedimiento para, en la Réplica, invocar la noción de una *obligación condicional o circunscrita*, la de negociar con vistas a alcanzar un acuerdo sobre el objetivo convenido por las partes (el acceso soberano de Bolivia al mar). La idea parece interesante al juez francés, sobre todo desde un punto de vista doctrinal, como una especie de «cursor» que se coloca más allá de la obligación de medio sin llegar a la obligación de resultado. En las audiencias orales, observa Daudet, Bolivia, tanto reiteró esta posición como se pronunció, prudentemente, por una fórmula de mínimos al subrayar la modestia de la demanda boliviana, a saber, que Chile volviera a la mesa de negociaciones. Es evidente, advierte, que cuanto más tienda la demanda a una obligación de resultado tanto más se debilitará la posibilidad de verla satisfecha, pues será preciso verificar con absoluta seguridad que se ha suscrito efectivamente una obligación tan exigente⁴⁴.

⁴¹ Párrs. 7-9 y 78-80 de la opinión disidente del Juez Robinson.

⁴² Párr. 2 de la opinión disidente del Juez Salam.

⁴³ Párrs. 24 y 26-32 de la opinión disidente del Juez Salam.

⁴⁴ Párrs. 49-51 de la opinión disidente del Juez *ad hoc* Daudet.

60. El Juez Daudet estima que, como propone Bolivia, la obligación que pesa sobre Chile es algo más que una obligación de medio (sin llegar a ser una obligación de resultado), en virtud del objeto claramente definido que persigue la negociación. La noción doctrinal de «obligación vinculada» (*obligation liée*) propuesta por Paul Reuter sitúa el cursor por encima de la obligación de medio y por debajo de la obligación de resultado respondiendo al contexto en el que se sitúa. En el caso presente, elementos dispares de valores jurídicos diversos repartidos a lo largo de un extenso periodo han creado un contexto que habría permitido reconocer la existencia de una «obligación vinculada», abriendo a la Corte la posibilidad de considerar que se encontraba en presencia de una obligación cuyo *objeto* era organizar una negociación con un *objetivo* bien definido, a saber, el acceso soberano de Bolivia al océano Pacífico, acompañado de una justa compensación en provecho de Chile. Esa negociación debía desarrollarse de buena fe, de manera que tuviese sentido; pero el compromiso de negociar no implicaba el de llegar a un acuerdo, señala el juez francés, amparado en una abundante jurisprudencia. Más allá del respeto del principio de buena fe y de sus aplicaciones, domina la libertad de las partes, concluye el juez, lamentando que la Corte no haya aprovechado la ocasión para profundizar en el examen de cuestiones delicadas y poco claras sobre las que se esperaba su palabra⁴⁵.

10. LAS MIRADAS DEL DERECHO INTERNACIONAL

61. En mi opinión, la decisión de la mayoría hubiera sido más plausible si en lugar de negar la condición de acuerdos jurídicamente vinculantes de las notas canjeadas en 1950, intercambiadas en 1961-1962 y las declaraciones y notas de 1975-1977, hubiera girado en torno a su terminación por causa de un fracaso del proceso de negociación en 1978 y la ambigüedad de los términos en que posteriormente se celebraron conversaciones para solucionar el enclaustramiento de Bolivia, sin expresa mención de que esa solución se vinculara con la concesión de un acceso soberano con compensaciones (territoriales o no territoriales).

62. El hecho de que, salvo la breve y enternecedora declaración del Presidente Yusuf, ninguno de los 12 jueces que han conformado la mayoría haya querido escribir una línea para explicar en una opinión separada su posición, reafirma mi opinión sobre el prejuicio a partir del cual está construida la sentencia, pues no cabe duda de que el caso planteaba complejos e interesantes puntos a dilucidar que hubieran consentido a los jueces ser más explícitos en la justificación de su voto, dada la escasa fundamentación, esto es, la parquedad de razonamiento de la posición colectiva expresada en la sentencia.

63. No creo que este fallo de la Corte satisfaga la justicia ni, aun legal, responda a una interpretación de las normas internacionales que deba ser

⁴⁵ Párrs. 52-55 de la opinión disidente del Juez *ad hoc* Daudet.

compartida. El fallo, si tiene que ver con alguno de los fines que persigue el Derecho, será con el de la seguridad jurídica, al que son tan afectos los miembros del *establishment* siempre preocupados por el mantenimiento de un *status quo* que, probablemente, se produjo a expensas de la *justicia*. Siendo, por otro lado, el Derecho una ciencia social, no exacta, la interpretación de sus normas —que es un arte— juega un papel primordial. La *mirada* del Derecho internacional que Chile propuso y compró una mayoría de los jueces tiene su público; pero caben otras *miradas*, más atractivas para el progreso del Derecho Internacional y la asunción por la Corte de un papel más decidido en la solución de las disputas que se le someten. Son las *miradas* que, en este caso, se reflejan en las opiniones disidentes de los Jueces Robinson y Salam y del Juez *ad hoc* Daudet. Incluso el Presidente Yusuf, si atendemos los párrs. 8 y 9 de su declaración, parece asumir con cierta incomodidad una *mirada*, la de la mayoría, cuyas consecuencias no le dejan buen sabor de boca.

64. La Corte, al fallar, ha fallado, en primer lugar, al sentido de la equidad y, llamémoslo así, de la justicia en una perspectiva histórica. La Corte ha fallado, en segundo lugar, a una concepción progresista en la formación de obligaciones internacionales. La Corte ha fallado, en tercer lugar, a su deber de razonar debidamente sus posiciones, ha estado sobrada de dogmatismo, falta de pericia técnica y sutileza.

65. La Corte, en último término, al fallar, ha fallado al abdicar del papel que le corresponde en la solución de las disputas internacionales. Tratando de salvaguardar la libertad de los Estados en sus relaciones para evitar que un fallo diferente pueda ser un precedente de efectos imprevisibles, ha renunciado a evacuar la tarea fundamental de contribuir a la solución de una disputa centenaria mediante el pequeño, modesto, paso que Bolivia requería de ella.

11. LOS PALIATIVOS

66. Un fallo favorable al primer punto del *petitum* de Bolivia habría dado cobertura a quienes, en Chile, no mañana desde luego, pero tal vez más adelante, estuviesen dispuestos a negociar el acceso soberano para solucionar pacíficamente una disputa secular preservando la paz, la seguridad y la justicia, una obligación esta, la de solucionar pacíficamente las diferencias entre Estados, que es pertinente en cualquier caso (véanse párrs. 163-167 de la sentencia).

67. La sentencia, no obstante, ofrece algunos aspectos positivos para Bolivia, que se advierten fundamentalmente cuando la Corte, al establecer su conclusión general, advierte (párr. 176) que eso no era impedimento para que las partes continuaran su diálogo e interlocución en un espíritu de buena vecindad a fin de tratar las cuestiones relativas al enclaustramiento de Bolivia, cuya solución ambas partes habían reconocido ser de interés mutuo. Y añadía: «con la voluntad de las partes, cabe emprender negociaciones serias» («*With willingness on the part of the Parties, meaningful negotiations can*

be undertaken)⁴⁶. Como señalaba el Juez Daudet, esto es algo más que una «*fiche de consolation*»⁴⁷.

68. El párr. 11, último de la declaración del Presidente Yusuf aneja a la sentencia, es también ilustrativo, cuando señala que incluso en los casos en que un procedimiento judicial no zanja definitivamente una diferencia entre Estados, ese procedimiento ofrece a las partes un lugar de encuentro, permite fijar sus respectivas posiciones, dejar constancia del fondo de sus relaciones contenciosas y comprometerse de nuevo en un diálogo que puede haber estado congelado durante años.

69. Si las partes deben respetar la Sentencia de 1 de octubre de 2018, también han de hacerlo con la Sentencia de 24 de septiembre de 2015. El fallo de 2018 no obliga a Bolivia a abandonar por siempre jamás su pretensión a un acceso soberano; no permite a Chile volver sobre la afirmación de que el tratado de paz de 1904 lo dejó todo atado y bien atado hasta el día del Juicio Final. Si, por un lado, la Sentencia de 24 de septiembre de 2015 desmintió esta afirmación, por otro, los párrs. 175 y 176 de la Sentencia de 1 de octubre de 2018 no cierran en absoluto la puerta a mantener la reivindicación boliviana del acceso al océano Pacífico en la agenda bilateral. Lo que Bolivia, tras este fallo, no puede hacer es reclamar de Chile que se siente a negociar porque está obligada jurídicamente a ello. Pero puede pedirle cortésmente que se siente, atendiendo a sus propios intereses.

⁴⁶ El presidente de la Corte reiteró estos conceptos al rendir su discurso anual ante la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de octubre de 2018 (Speech by H. E. Mr. Abdulqawi A. Yusuf, President of the ICJ, on the occasion of the 73rd session of the UNGA, 25 de octubre de 2018).

⁴⁷ Párrs. 57-58 de la opinión disidente del Juez *ad hoc* Daudet.



V. BIBLIOGRAFÍA

Sección coordinada por Jaume FERRER LLORET (Derecho Internacional Público), Andrés RODRÍGUEZ BENOT (Derecho Internacional Privado), Inmaculada MARRERO ROCHA y Rafael GRASA HERNÁNDEZ (Relaciones Internacionales)

RECENSIONES

ABRISKETA URIARTE, J., *Rescate en el mar y asilo en la Unión Europea. Límites del Reglamento de Dublín III*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2020, 280 pp.

Esta obra analiza la interacción entre los regímenes internacionales del mar y de la protección internacional, cuyos límites y deficiencias afloraron con fuerza a partir de los años 2015 y 2016 con la llamada *crisis migratoria* en Europa. El trabajo estudia la relación entre el Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) de la Unión Europea, en especial, el llamado sistema *de Dublín*, y la regulación de los rescates en el mar y el desembarco en puerto seguro en el Derecho marítimo internacional. Se estructura en cuatro capítulos principales, precedidos de unas «Palabras previas» a cargo de Mariano Aguirre y de una «Introducción», y termina con diez conclusiones y tres apartados que incluyen bibliografía, documentación y jurisprudencia citadas.

El primer capítulo se dedica a presentar: *a)* el marco normativo internacional y europeo del sistema *de Dublín*, y *b)* el contexto normativo europeo, es decir, el Espacio de Libertad de Seguridad y Justicia, el SECA, y el espacio Schengen, por este orden. El segundo capítulo contiene explicaciones detalladas sobre el

sistema *de Dublín*, en particular, el principal instrumento normativo vigente que lo configura: el Reglamento 604/2013 o *Dublín III* de la segunda fase del SECA. El capítulo tercero analiza las perspectivas de revisión de este sistema a través de las propuestas de la Comisión presentadas en 2016, aludiendo también a las nuevas orientaciones en cuanto a este sistema contenidas en el *Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo*.

El capítulo cuarto es, a nuestro parecer, el más interesante y logrado. En él se analizan con detalle las situaciones que se producen tras un rescate en el mar de personas que se encuentran en peligro, las dificultades para determinar un *puerto seguro* para el desembarque, y la ausencia de correlación entre el deber de rescatar y un inexistente deber de aceptar un desembarco de acuerdo con el Derecho marítimo internacional. Esta es una de las manifestaciones más acuciantes para la Unión Europea y sus Estados de una de las deficiencias del régimen internacional de la protección internacional que las políticas europeas

de control de fronteras, de inmigración y asilo no solo no corrigen sino que ahondan, que es la ausencia de vías legales de entrada en un país europeo para solicitar asilo. El Derecho del mar, tradicionalmente desconectado de los DH, tampoco resuelve esta laguna del régimen de la protección internacional para cuando no hay otra alternativa que entrar en un país seguro puesto que precisamente el salvamento se ha producido ante una situación de peligro para las personas rescatadas. El trabajo expone con detalle las indefiniciones, ambigüedades y vacíos que persisten con la combinación de estos dos regímenes en relación con el respeto del derecho a la vida y el principio de *non-refoulement*, y apunta la necesidad de integrarlos con las políticas de migración y asilo europeas. El estudio también analiza en este capítulo el nuevo rol que están asumiendo las ONG que realizan rescates humanitarios en el Mediterráneo, así como los acuerdos intergubernamentales de desembarco que amenazarían, de acuerdo con la autora, el acervo comunitario. Se explican casos de desencuentro entre agentes de rescate y autoridades que debieran autorizar el desembarco, haciendo especial referencia a situaciones en que España ha intervenido, lo que resulta de gran interés.

La principal aportación del trabajo al estudio de la gestión de las migraciones y la política de asilo en Europa resulta de la identificación y delimitación de aquellos aspectos no resueltos por el Derecho internacional y europeo acerca de la entrada de extranjeros en un Estado europeo por mar después de un rescate, y de las reflexiones sobre la posibilidad de una interpretación de las normas existentes congruente con la protección de los derechos humanos. Es destacable, además, el manejo de las fuentes, tanto bibliográficas como normativas y jurisprudenciales, así como el uso prolijo y pertinente de documentos jurídicos preparatorios o informales que a menudo

sirven para conocer y entender el contexto de propuestas normativas como el *Nuevo Pacto europeo*.

Las diez conclusiones que se desgranán están en general bien definidas, son pertinentes y exponen interesantes propuestas. La autora expresa sus críticas a las estrategias de gran alcance de la Comisión de 2016 y 2020 para la revisión de las políticas europeas de gestión de fronteras, migración y asilo, y propone avanzar en reformas puntuales que vayan «abordando los aspectos más problemáticos del sistema». Entre ellos la necesidad de revisar el sistema de *Dublín*. En relación con esta cuestión, es preciso recordar que fue precisamente la ausencia de acuerdos mínimos en estos «aspectos más problemáticos» lo que impidió adoptar la tercera fase del SECA en tiempos de la Comisión Juncker, al imponerse por parte de los Estados miembros un *package approach*. Lo que frenó los avances fue precisamente la falta de acuerdo en incorporar un sistema de reparto de las responsabilidades y cargas permanente, de activación automática, basado en principios de equidad y solidaridad que corrigiera los desequilibrios entre Estados europeos en cuanto a la gestión de la primera entrada de demandantes de asilo. Los Estados de la *primera línea*, como España, ejercen en mayor medida la responsabilidad de controlar sus fronteras por cuenta de todos los participantes en el espacio Schengen y, además, soportan una mayor presión sobre sus sistemas de protección internacional que no queda compensada con mecanismos eficaces de reparto y solidaridad.

En suma, se trata de una obra de referencia acerca de la gestión de las migraciones cuya llegada se produce tras atravesar las fronteras marítimas mediterráneas, si acaso, tras operaciones de salvamento y rescate.

S. MORGADES GIL
Universitat Pompeu Fabra

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.73.2.2021.5.01>

BARBÉ, E., *Relaciones Internacionales*, 4.^a ed., Madrid, Tecnos, 2020, 416 pp.

La cuarta edición del manual *Relaciones Internacionales*, cuya autoría corresponde a Esther Barbé, Catedrática de la Universidad Autónoma de Barcelona e Investigadora Asociada Senior del IBEL, se cierra durante el mes de marzo de 2020, coincidiendo con la declaración de la pandemia de coronavirus (covid-19) por parte de la Organización Mundial de la Salud (OMS). Si la primera edición de este manual se abrió paso a mediados de unos años noventa que inauguraban una expansión de los mecanismos de gobernanza global tras la caída del muro de Berlín y el final de la Guerra Fría —lo que Barbé denomina como «fase constitutiva» del orden de posguerra fría—, cada una de las tres ediciones que se han ido sucediendo de este libro han estado marcadas por una serie de eventos que han condicionado el devenir de la sociedad internacional.

La segunda edición aparece en un año 2003 en el que se produce la invasión de Irak. Un año en el que se va plasmando la Guerra Global contra el Terror que inaugura el Presidente Bush tras el 11-S, y en el que China, ya incorporada a la Organización Mundial del Comercio (OMC), empieza a hacerse cada vez más presente. Es la «fase de transición» que tiene lugar entre 2001 y 2008. Por su parte, la tercera edición publicada en 2007 se adelanta un año a otro acontecimiento clave: la crisis financiera de 2008 que marcará un antes y después en la globalización y su gobernanza, inaugurando así una «fase de contestación» del orden internacional liberal que llega hasta nuestros días.

La cuarta edición se ha hecho esperar algo más que sus predecesoras, aparece en plena pandemia de covid-19, con sus efectos todavía presentes. Entre las dinámicas que se han intensificado al calor de esta crisis, se aprecia el auge de políticas orientadas desde premisas nacionalistas y proteccionistas que, al mismo tiempo

que minan los mecanismos de gobernanza global, se traducen en resultados en agregado ineficaces, injustos e inmorales. Un ejemplo paradigmático en 2021 que se estudiará durante años en las aulas está siendo la producción, distribución y acceso a las vacunas para acabar con la pandemia. Tras el extraordinario esfuerzo de cooperación científica para disponer de ellas, y la movilización de recursos sin precedentes para su investigación, el grueso con financiación pública, se observa que iniciativas multilaterales, como el Acelerador ACT en el que se incluye el mecanismo COVAX, no cuentan con los recursos necesarios, y una minoría de gobiernos se resisten a aprobar la exención de las normas internacionales de propiedad intelectual para la prevención, contención y tratamiento de la pandemia. En ese sentido, los instrumentos de análisis que brinda el manual en el Capítulo 4, en torno a la noción de soberanía, jerarquía o desigualdad; el rol de las organizaciones internacionales, como en este caso la OMS o la OMC; y los actores no estatales (ONG y multinacionales farmacéuticas), permitirán una mejor comprensión de las variables que están operando con las vacunas como bien público global.

Desde su primera edición, *Relaciones Internacionales* se estructura en torno a dos grandes apartados, con tres capítulos cada uno que incluyen bibliografía de consulta, y en su mayoría, lecturas complementarias. El primer apartado se dedica a la teoría y conceptos clave de la disciplina, mientras el segundo aborda un análisis de la propia sociedad internacional. En este último caso, lejos de llevar a cabo un seguimiento factual de la evolución de la misma, se identifican las tendencias que se observan en cada una de las etapas identificadas.

En cuanto al primer apartado, se inicia con una revisión del origen de las Re-

laciones Internacionales como disciplina, en el que la guerra se presenta como el problema social sobre el que se erige esta; seguida de disciplinas tradicionales que la han acompañado, como la Historia Diplomática o el Derecho Internacional; para acabar con una reflexión crítica sobre la misma en tono a sus sesgos y silencios. El Capítulo 2, por su parte, revisa en más de un centenar de páginas las grandes aproximaciones teóricas a las Relaciones Internacionales, desde el realismo, al liberalismo, pasando por el constructivismo y las teorías críticas. Y para cerrar este bloque, se aborda en el Capítulo 3 la noción de sociedad internacional, asociada a otros conceptos clave como «comunidad», «orden», «globalización» o «poder».

Por su parte, el segundo apartado del manual se inicia con un análisis del sistema internacional, incidiendo tanto en los actores (Estados, potencias, organizaciones y actores no estatales), como en la estructura (material y social), así como en los propios procesos que operan, con dinámicas de cooperación y conflicto, como la guerra y la integración, respectivamente. Por su parte, los Capítulos 5 y 6 analizan la evolución de la sociedad internacional desde 1945 hasta nuestros días. En el caso del Capítulo 5, el periodo en el que se profundiza es el que se asocia a la Guerra Fría, atendiendo las dos grandes fracturas del sistema internacional en ese periodo: este-oeste, y centro-periferia. Para cerrar, se aborda la evolución de la sociedad internacional en el periodo de posguerra fría hasta hoy, atendiendo a las transformaciones que se

aprecian respecto a aspectos como el poder, las ideas e instituciones.

Si bien el libro al completo se ha ido adaptando a la idea de cambio sobre la que se asienta esta obra desde su primera edición, en su cuarta edición como reconoce la Profesora Barbé, cuenta con una revisión profunda de los capítulos más prolíficos. Concretamente, los capítulos sobre teorías (Cap. 2), el que caracteriza el sistema internacional (Cap. 4) y en el que se actualiza la evolución de la sociedad internacional en el periodo de posguerra fría (Cap. 6). Como constante en las cuatro ediciones, se mantiene la preocupación por aprehender de una forma clara y analítica la complejidad de la sociedad internacional de nuestros días, gracias al poder explicativo de la historia y con la teoría como herramienta indispensable para aproximarse a la *praxis*.

Se puede decir que hay contribuciones académicas, el grueso de ellas, cuya aportación se restringe a un público limitado y muy concreto que trabaja sobre la problemática en cuestión; una minoría que trasciende este público más acotado y se divulga a un abanico algo más amplio; y luego están los trabajos que forman a generaciones enteras. Sin duda, *Relaciones Internacionales* se corresponde con esta última categoría y, en su cuarta edición, como en sus predecesoras, seguirá formando a nuevas generaciones de estudiantes de asignaturas, grados y posgrados de Relaciones Internacionales.

F. J. VERDES-MONTENEGRO
Fundación Carolina

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.73.2.2021.5.02>

BLANCO MORÁN, S., *Lucha contra el narcotráfico en América Latina-Caribe. La labor de la Organización de Estados Americanos (OEA)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, 381 pp.

El narcotráfico es una lacra a erradicar en la sociedad internacional contemporánea, al igual que la trata de seres o de órganos, el blanqueo de capitales y la

corrupción, en particular en América Latina-Caribe, al margen de otras regiones que sufren este tipo de males. El tráfico ilegal de drogas tóxicas en grandes canti-

dades está extendido en México, Colombia o Brasil, amén de otros, suponiendo una amenaza a la estabilidad y seguridad de los Estados. El análisis de este fenómeno, sus causas, las conexiones y los efectos, así como las medidas represoras adoptadas por los Estados para cumplir con las obligaciones de la Organización de Estados Americanos (OEA), es el objeto del libro publicado por la Profesora Sagrario Morán Blanco, Catedrática de Relaciones Internacionales en la Universidad Rey Juan Carlos.

El libro reseñado es de lectura fácil y amena. La línea argumental es coherente y bien definida. La autora maneja con destreza las instituciones jurídicas utilizadas en el devenir de su discurso para alcanzar el objeto propuesto. La lectura sosegada del libro denota un profundo conocimiento de la problemática del narcotráfico en América Latina-Caribe. Estos elementos hacen de él una obra de referencia para los estudiosos de la materia.

El narcotráfico en América Latina-Caribe es una de las principales manifestaciones del crimen organizado transnacional, y es la causa de la inseguridad y violencia que se vive en la región. Al mismo tiempo, la violencia originada por el narcotráfico es una de las amenazas más graves a la estabilidad, a la democracia y al desarrollo de esta región. Como reconoció José Múgica, «(e)l narcotráfico, no la droga, el narcotráfico es el peor flagelo que estamos soportando recientemente en América Latina». El libro de Sagrario Morán resulta de referencia para entender el fenómeno del narcotráfico y sus amplias ramificaciones en las sociedades de América Latina-Caribe. El discurso dominante, desde una perspectiva político jurídica, nos permite comprender la complejidad del narcotráfico, y por esta razón con el trabajo reseñado podemos profundizar en las dinámicas de un problema en continuo crecimiento. La dimensión ética que proyecta la autora se infiere, por ejemplo, en su preocupación,

como bien apuntó el prologuista del libro, el Catedrático José Luis Soberantes Fernández, de la Universidad Nacional Autónoma de México y Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en México entre 1999 y 2009, por las continuas violaciones de los derechos humanos.

La monografía se divide en dos partes estructuradas en cuatro grandes apartados cada una de ellas. Una primera, titulada *El narcotráfico en América Latina y el Caribe: causas, conexiones con otros delitos y consecuencias*, incluye un apartado conceptual y aborda los elementos más destacados de la evolución del narcotráfico y las consecuencias políticas, económicas, ambientales y sociales generadas por la actuación delictiva y violenta de los cárteles de la droga. Esta parte se cierra con un bloque dedicado a la violencia y la inseguridad ciudadana como consecuencia del narcotráfico y la existencia y actuación de las maras. Los problemas que genera esta lacra, consumo de drogas y las drogas en sí mismas, son tratados en profundidad siguiendo las opiniones de diversos especialistas. Para la autora, el fenómeno del narcotráfico es fundamentalmente de naturaleza económica, pues responde a una lógica de mercado producción y consumo, al representar una de las actividades más rentables, si no es que la más, en la economía de México, Colombia o Brasil y del resto de Estados de la región. El narcotráfico responde a un esquema de relaciones de producción capitalista con la característica esencial de desarrollarse al margen del sistema legal, y más que al margen, en clara oposición a este.

Una segunda, titulada *La cooperación en la lucha contra el narcotráfico en América Latina y el Caribe: la labor esencial de la OEA*, analiza las más destacadas políticas de la seguridad, así como los instrumentos jurídicos creados y desarrollados para combatir el fenómeno del narcotráfico a nivel estatal, interestatal y regional. En primer lugar, la Profesora Morán

Blanco aborda las políticas estatales de «mano dura» para luchar contra el narcotráfico. En segundo lugar, ahonda en los marcos de la cooperación interestatal y multilateral para hacer frente a esta labor a través de la presentación de cuatro niveles. Bajo mi criterio, el cuarto nivel sobre la cooperación entre América Latina y otras regiones es el más interesante y de mayor proyección intelectual. En esta parte, la autora presta además con agudeza una especial atención a la labor realizada por la OEA en la lucha contra el problema de las drogas, la trata de personas, el «lavado de activos», el tráfico ilegal de armas y la ciberdelincuencia.

El libro se cierra con unas conclusiones bien estructuradas, meditadas y coherentes que nos permiten extraer una serie de lecciones. La presencia tan arraigada de organizaciones criminales con un poder tan marcado tanto en lo económico como en lo político y en lo social, tiene implicaciones graves para el desarrollo de una sociedad democrática. Pero

sin entender el fenómeno del consumo, y la incidencia económica que controla al narcotráfico, será muy difícil poder erradicar el problema. Sin duda, esta es la principal aportación de la Profesora Morán Blanco, un análisis que deja de lado, con éxito, los prejuicios y las tendencias ideológicas. Ello nos permite comprender el alcance de un fenómeno cada vez más arraigado en nuestras sociedades, pero cubierto por una serie de tabúes y discursos que dificultan su comprensión. El caso del narcotráfico en América Latina-Caribe es paradigmático en este sentido: la aparición de narco-Estados nos deja claro que va más allá de un fenómeno criminal, y profundizando en sus raíces económicas, si bien no solo, quizá podamos encontrar alternativas reales que nos permitan erradicar un fenómeno que ha costado miles de vidas entre la violencia y la adicción.

Y. GAMARRA

Universidad de Zaragoza

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.73.2.2021.5.03>

CUARTERO RUBIO, M. V., *Cooperación judicial civil en la Unión Europea y tutela en origen de derechos fundamentales*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2020, 140 pp.

La presente monografía afronta una cuestión nuclear como es la protección de los derechos fundamentales y su relación con los distintos métodos de reconocimiento de las resoluciones judiciales en el seno de la Unión Europea. Se centra en si el reconocimiento mutuo es o no y, en su caso, de qué manera, un instrumento adecuado para servir a la tutela de aquellos o si compromete, «o simplemente debilita, la protección de los derechos fundamentales, y cuál es el entendimiento más garantista posible que permite su racionalidad» (p. 12).

Una consideración previa sobre el título de la obra. Sin duda, la Unión Europea ha dado un nuevo sentido al concepto de «cooperación judicial in-

ternacional en materia civil». Lejos queda aquella clasificación de O. Capatina (*R. des C.*, 1983) en la que las cuestiones sobre reconocimiento y ejecución integraban el concepto más amplio de la misma. En este contexto, la cooperación judicial internacional no supone la existencia de mecanismos de coordinación entre procesos para que actuaciones procesales que deban desarrollarse en otro Estado lo hagan de un modo tal que les permita integrarse en el proceso original (principalmente, con referencia a las cuestiones de notificación y prueba en el extranjero), sino la unificación de esfuerzos para que existan actuaciones judiciales en una misma dirección para proteger de un modo similar los derechos de los justiciables. En esta obra

se trata el modo en el que los distintos órganos jurisdiccionales que, en última instancia en cada caso, tutelan los derechos fundamentales (Tribunal de Justicia de la Unión, Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Tribunal Constitucional) y el modo en el que la colaboración entre ellos (o las consecuencias de una insuficiente colaboración) afectan a los ciudadanos de la Unión Europea y a la tutela de sus derechos procesales fundamentales.

Esta monografía parte del análisis del sistema tradicional (modelo clásico) de reconocimiento en el que la posición central la ocupa el juez del Estado requerido y en el que su herramienta principal es el orden público (o las «vulneraciones indirectas» en nuestro Tribunal Constitucional). Entiende la autora que, en el marco del reconocimiento de resoluciones judiciales, el orden público —con la sustitución del parámetro nacional de protección por el estándar común europeo basado en el resto a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros (pp. 13-15)— se presenta como causa genérica, y referida a garantías procesales concretas (p. 20).

A continuación, detalla el nuevo modelo de tutela en origen. Para ello analiza su evolución desde la libre circulación de mercancías, su salto al espacio de libertad, seguridad y justicia y su evolución en el TFUE hasta llegar a la cooperación judicial internacional en materia civil actual (pp. 45-47).

Para su correcto funcionamiento es imprescindible la concurrencia de dos presupuestos *ex ante*: un entorno armonizado (en el que encontramos distintos y en cuyo grado máximo se encuentra, como paradigma el Reglamento 805/2004); y un funcionamiento equivalente en la protección de los derechos fundamentales (que se refiere, en realidad, al funcionamiento adecuado en la tutela). Respecto de este último, el problema surge cuando el Estado requerido tiene un canon de garantía más exigente que el del Estado de origen

(p. 69). Para evitar posibles desajustes se propone: el agotamiento de los recursos procesales en origen (incluido, en nuestro caso, el recurso de amparo —p. 74—); que el juez del Estado requerido actúe cuando haya habido «deficiencias sistémicas» que incidan en la calidad del resultado (p. 72) porque no está exento de controlar la conformidad de la decisión con el estándar de protección. Tanto el juez de origen como el requerido tendría (en opinión de la autora) la posibilidad de acudir a la cuestión prejudicial ante el TJUE como control de calidad de la interpretación y aplicación de las normas de la Unión Europea (p. 73). También el juez de origen debería añadir un plus de motivación para apoyar su decisión y mejor tutela de los derechos fundamentales, a ello añadir una cautela: el juez de origen debe evitar decisiones que pueden ser cuestionables (p. 75).

Con el fin de que este funcionamiento adecuado/equivalente sea posible, entre otras fórmulas, se promueve la elaboración y difusión de Buenas Prácticas de los tribunales (especialmente referidos a Bruselas II y III, pp. 75-76). Se postula por la actuación del Tribunal Constitucional en estos casos para dar soporte a las mismas.

Posteriormente, se analizan tanto las resoluciones del TJUE como las del TEDH y la práctica de nuestro Tribunal Constitucional en las que se ha aplicado el modelo de reconocimiento mutuo [respectivamente, Reglamento 2201/2003 (asunto *Aguirre Zárraga*, entre otros); Reglamento 805/2004 (asunto *G. c. Cornelius de Visser* y otros asuntos) y Reglamento 1896/2006 (asunto *Bondora*, entre otros) y los asuntos *Povse*, *Sneersone* y *Rinau* en los que se establece la compatibilidad del modelo con el CEDH así como los términos de la misma]. Y, finalmente, la sentencia de nuestro Tribunal Constitucional 26/2020 respecto a la aplicación del Reglamento 805/2004.

Por último, se hace referencia al funcionamiento del reconocimiento mutuo

en el ámbito de la cooperación judicial en materia penal, y las interferencias, no siempre positivas, que se han producido en relación con reconocimiento en el ámbito civil que han conducido a su observación como un elemento sospechoso y peligroso para la tutela de los derechos fundamentales, obviando sus diferencias.

En conclusión, estamos ante una obra breve pero rigurosa y sugerente, con propuestas muy atractivas sobre cómo afrontar el cambio de modelo en el reconocimiento de las resoluciones judiciales en materia civil.

M. J. ELVIRA BENAYAS

Universidad Autónoma de Madrid
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.73.2.2021.5.04>

DE MIGUEL ASENSIO, P., *Conflict of Laws and the Internet*, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar Publishing, 2020, 576 pp.

La presente obra es más que la simple traducción al inglés del *opus magnum* de su autor: es un nuevo libro que, aunque fiel a la inspiración fundamental de aquella, examina sistemáticamente los problemas que plantean la regulación de Internet y las relaciones jurídicas que se establecen en ella desde el ángulo específico de los conflictos de leyes *lato sensu* considerados.

La esencialidad de Internet como infraestructura de comunicación global en la vida de los Estados, empresas y ciudadanos, la ubicuidad de esta red y el carácter plurilocalizado de muchas de las relaciones que se establecen a través de ella, han puesto de manifiesto la indispensabilidad del DIPr como instrumento de coordinación entre los distintos ordenamientos nacionales en un mundo globalizado y en constante cambio tecnológico; así como la necesidad de adaptar y desarrollar esta disciplina para abarcar el conjunto de nuevos problemas que plantea la regulación de Internet, en particular por el ocaso de la idea de territorialidad, tratados con gran maestría por el autor.

Este se distancia en el Capítulo 1 de las tesis de que el ciberespacio es un dominio independiente capaz de desarrollar sus propias normas para regular las relaciones que se establecen en él. Por el contrario, según el autor los Estados-nación son las entidades principalmente competentes para regular las actividades en Internet y los contenidos disponibles

en ella. Por tanto, las conductas en línea también están cubiertas por legislación de base nacional; así lo demuestra el estricto régimen de protección de datos personales en Internet adoptado por la Unión Europea. Por todo ello el autor identifica y explica en este capítulo los instrumentos normativos esenciales en la materia.

El Capítulo 2 aborda los problemas de la actividad transfronteriza desarrollada por los prestadores de servicios de la sociedad de información y, en particular, su responsabilidad civil por los contenidos ilícitos puestos en línea a través de las infraestructuras que controlan. En esta materia sobresalen, por un lado, el art. 3 de la Directiva sobre comercio electrónico y, por otro lado, los Reglamentos Bruselas I bis y Roma II. Ahora bien, la aplicación de sus soluciones en este campo es todo menos inequívoca. Al respecto el autor destaca la necesidad de una interpretación restrictiva de la jurisprudencia del TJUE que considera que la mera accesibilidad del contenido en cuestión es un elemento relevante para determinar el lugar en el que se produce el daño y subraya la importancia de la cláusula de excepción del art. 4.3 de Roma II para evitar fragmentar el régimen aplicable.

En el Capítulo 3 se afrontan los problemas de la protección de datos personales y de los derechos de la personalidad frente a sus violaciones por actos realizados en línea, donde destaca el ámbito

espacial de aplicación del RGPD. El autor resalta la evolución de la legislación europea en su aplicación a los responsables del tratamiento de datos personales establecidos fuera de la Unión Europea y la consagración en el art. 3.2 del Reglamento del criterio del *targeting*.

El Capítulo 4 trata de los derechos de autor y afines. Pese al esfuerzo de unificación y armonización de su régimen a nivel internacional y en la Unión Europea, existen importantes diferencias entre las leyes nacionales que son fuente de considerable incertidumbre cuando se trata de la utilización en línea de los bienes protegidos por esos derechos, lo que representa importantes obstáculos para el funcionamiento del mercado interior europeo. En las infracciones en línea, la regla que prevé la competencia de la *lex loci protectionis* conduce en realidad a la aplicación de tantas leyes como territorios para los que se reclama protección; lo que, reconoce el autor, puede imponer una pesada carga al tribunal competente y a la parte que pretenda hacer valer judicialmente sus derechos.

La competencia desleal y los derechos de propiedad industrial se tratan en el Capítulo 5. También aquí, a pesar de la creación de derechos de exclusividad unitarios (como los relativos a la marca de la Unión Europea), la cooperación internacional y la producción normativa derivada de ella no han logrado superar las dificultades inherentes a la utilización global, a través de Internet, de bienes inmateriales, especialmente signos distintivos, protegidos por Derechos territoriales. El autor subraya con acierto que la mera accesibilidad en un país determinado de un sitio de Internet en el que se utiliza un determinado signo no implica

el uso del signo en ese país, siendo necesario comprobar el contenido del sitio, así como el posible uso de tecnologías de geolocalización para determinar si existe una intención por parte del usuario del signo de realizar actividades económicas en el país en cuestión. Consideraciones similares se aplican, como demuestra el autor, a los actos que pueden caracterizarse como formas de competencia desleal, ya que la *market effects rule*, consagrada en Roma II, puede llevar también a la aplicación acumulativa de diferentes leyes a las mismas actividades, por ejemplo, de *marketing*.

El libro concluye con un análisis detallado de los problemas que plantean los contratos internacionales celebrados o ejecutados a través de medios electrónicos de comunicación (Cap. 6). Pese a la ausencia de normas de conflicto específicas para ellos, los problemas que se plantean a los sistemas contemporáneos no son pocos. El autor destaca la inexistencia de una dualidad de regímenes para los contratos *online* y *offline*, pero reconoce las dificultades que plantea la aplicación de algunas de las normas de conflicto de leyes y jurisdicciones que los abarcan.

Por su exhaustividad, rigor y creatividad, la obra que ahora se pone a disposición del público en la lengua franca del mundo contemporáneo es seguramente uno de los frutos más notables de la producción científica dedicada a este tema. No será demasiado, por tanto, anticipar una larga vida a *Conflict of Laws and the Internet*.

D. MOURA VICENTE
Universidad de Lisboa

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.73.2.2021.5.05>

DE YTURRIAGA BARBERÁN, J. A., *El Sáhara español: un conflicto aún por resolver*, Madrid, Sial/Casa de África, 2020, 666 pp.

El Sáhara Occidental, uno de los 17 territorios no autónomos cuya descolonización aún se encuentra pendiente ante

el Comité de los 24 en 2021, es, sin duda, «un conflicto por resolver», como el título de la obra indica. El Embajador Yturria-

ga escribe este apasionante libro sobre la cuestión desde el conocimiento diplomático de la política exterior de España y desde el estudio del Derecho internacional de la descolonización. Como complemento, las palabras del Embajador Pedro López Aguirrebengoa, destinado en Mauritania, Marruecos y la Dirección General de África y Asia continental en el periodo 1965-1982, prologan la obra con brillantez por su conexión profesional con la zona en conflicto (pp. 11-28).

El autor no oculta su posición de partida dedicando la obra «al noble pueblo saharui, en demanda de perdón a título personal por los daños que España le haya podido infligir, y a la espera de que pronto se encuentre una solución satisfactoria al conflicto del Sáhara español, que está aún por resolver». El autor, comprometido, no pierde oportunidad de subrayar la responsabilidad española. Dicha posición se anuncia ya desde el propio título de la obra (*El Sáhara español*), a pesar de que conforme al Derecho internacional el territorio «colonial» o cuya colonización está pendiente tiene «una condición jurídica distinta y separada de la del territorio del Estado que lo administra, [...] hasta que el pueblo de la colonia o territorio no autónomo haya ejercido su derecho de libre determinación de conformidad con la Carta» [A/Res/2625 (XXV), de 1970], por lo no hay, en puridad, un Sáhara español como tampoco hay un Sáhara marroquí en Derecho internacional. El Embajador Yturriaga, como académico que es, reconduce la cuestión, refiriéndose luego al Sáhara Occidental de manera constante.

El libro se estructura en seis capítulos, precedidos de una breve presentación (pp. 31-35) en la que el autor presenta sus credenciales en la materia. En su primer capítulo (pp. 39-55) nos explica las características del territorio, de la población (cuyo cambio a lo largo del tiempo se ha llegado a llamar «batalla demográfica silenciosa») y de su organización social y política.

Una parte significativa de la obra se dedica a la historia, narrada con el carácter minucioso que siempre caracteriza al embajador, cual orfebre de las relaciones internacionales. El Capítulo II (pp. 57-158) describe la colonización; y como contraparte, los Capítulos III (pp. 159-301) y IV (pp. 303-402) abordan la descolonización del Sáhara. Sin desmerecer este extenso abordaje histórico, a nuestro entender el centro de interés de la obra son los Capítulos V y VI. En el quinto capítulo (pp. 403-489) realiza un análisis de la responsabilidad de España (gobiernos y partidos políticos), Marruecos, Mauritania, Frente Polisario/ República Árabe Saharui Democrática, Argelia, Francia, Estados Unidos, Organización de las Naciones Unidas, Unión Europea y Organización de la Unidad Africana/Unidad Africana. En relación con el abordaje de la responsabilidad de la ONU, deben leerse las páginas de este apartado (apenas 464-473), en el marco de las dedicadas en los Capítulos III y IV a la historia de su actuación. Llevado por su compromiso como diplomático al servicio del Estado, su análisis de la responsabilidad de Marruecos deriva al terreno de la «bilateralidad» con España (pp. 430-434). El eje marroquí del conflicto es tan amplio que siempre queda un amargo sinsabor: es imposible agotar la multiplicidad de aristas que tiene en una sola obra.

El Capítulo VI (pp. 491-530) se inicia con el análisis de ciertos aspectos jurídicos, pues son muchos más los que se abordan a lo largo de toda la obra. En concreto, examina la legalidad de los acuerdos de Madrid, y la condición de España como potencia administradora y de Marruecos como potencia ocupante, resultando el Sáhara un «país ocupado». Ello no obstante, reconoce la preponderancia de la dimensión política en la autodeterminación del pueblo saharui. El Embajador Yturriaga se integra en las filas de quienes aún confían en una solución pacífica, negociada y de buena fe,

por difícil que sea, como firme defensor de la política como arte de lo posible.

Para concluir, la obra nos regala una bibliografía extensa, cuidada y actualizada (pp. 531-595), organizada en siete apartados (generales, históricos, fácticos, nacionales, políticos, jurídicos, internacionales y varios), con la complejidad que ello comporta. Acompaña asimismo de sendos y útiles índices temático (pp. 597-606) y onomástico (pp. 607-621), así como de un apartado gráfico (pp. 623-663), en el que se recogen documentos e imágenes, sin indicar procedencia, de indiscutible valor.

Sin descuidar ninguno, a lo largo de la obra, encontramos los temas transversales clave abordados profusamente por el embajador tanto en los capítulos históricos como en relación con los actores implicados: el reconocimiento del Frente Polisario y de la República Árabe Saharaui Democrática, la soberanía saharauí

sobre los recursos naturales, la delimitación marroquí de los espacios marítimos, incluyendo la reclamación sobre la plataforma continental ampliada, la situación de los derechos humanos de los habitantes del territorio...

Sin duda, el contencioso del Sáhara ha recobrado actualidad y subido de temperatura: la ruptura del alto el fuego de 1991 proclamada por el Frente Polisario en noviembre de 2020 y el reconocimiento de Estados Unidos de la soberanía marroquí sobre el Sáhara en diciembre de 2020 contrastan con la lasitud de la Organización de Naciones Unidas, la Unión Europea o la propia España. Esta obra ha llegado en un momento muy oportuno para provocar y animar debate(s) en el seno de la comunidad política, académica y ciudadana.

E. W. PETIT DE GABRIEL
Universidad de Sevilla

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.73.2.2021.5.06>

FERNÁNDEZ-ROJO, D., *EU Migration Agencies: The Operation and Cooperation of FRONTEX, EASO and Europol*, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar Publishing, 2021, 254 pp.

El libro objeto de recensión analiza la evolución y las perspectivas de futuro de las agencias descentralizadas de la Unión Europea más representativas en el contexto de la crisis migratoria de la última década. Es la segunda publicación de la serie de Elgar *European Security and Justice*, que se centra en las nuevas dimensiones de la Unión Europea como actor en materia de seguridad en sentido amplio y su vinculación con la justicia, desde un punto de vista multidisciplinar.

Sin duda, las migraciones han constituido una parte central y polémica del ELSJ en las últimas décadas y han provocado numerosas y complejas reformas en el DUE, y, por ello, son de una actualidad innegable en la doctrina. Este libro aborda un aspecto fundamental de

la política europea de migración y asilo: las principales agencias descentralizadas de la Unión Europea con competencia en esta materia (FRONTEX, EASO y EUROPOL). Por ello, se trata de una valiosa aportación a la colección a la que pertenece. El autor justifica la delimitación del objeto de estudio y la exclusión de otras agencias con competencia sobre la misma materia, como EU-LISA, Eurojust o Cepol. Esta monografía destaca por su carácter actualizado y su aproximación global y comparativa al objeto de estudio, centrada en su papel en las políticas de la Unión Europea en vez de en un análisis puramente institucional. En ello radican su novedad y originalidad, ya que se trata del primer libro en castellano que aborda sistemáticamente el origen, la evolución y el posible porvenir

de las tres agencias que constituyen su objeto de estudio desde esta perspectiva. Resulta igualmente relevante y necesario el análisis llevado a cabo en esta obra en el contexto actual de «agencificación» del ELSJ para conseguir una mayor flexibilidad y eficiencia en la gestión de las competencias de la Unión Europea, tan estudiado por la doctrina, que el autor describe en la introducción como telón de fondo de su estudio.

La obra se compone de seis capítulos, que, exceptuando la introducción y las conclusiones, se refieren respectivamente a la creación y al mandato original de las agencias que constituyen el objeto de estudio del trabajo (en el que el autor no evita una introducción histórica con detalle de sus documentos programáticos y cómo se entrelazan con la historia de las ampliaciones de la Unión Europea y la evolución general del ELSJ), a la expansión *de facto* y *de iure* de sus funciones, a los mecanismos de cooperación bilateral y multilateral entre ellas (haciendo hincapié en el mecanismo de los *hotspots*), y a las limitaciones existentes tanto para las funciones como para la cooperación de las agencias analizadas de conformidad con las teorías propuestas por la doctrina y la jurisprudencia del TJUE. Esta organización confiere fluidez al texto y permite comprender fácilmente sus conclusiones.

La obra desarrolla cuatro puntos principales, sobre las que se elaboran las conclusiones: la presentación e individualización de las agencias, el análisis comparativo del refuerzo de sus competencias y de su impacto sobre las prerrogativas de aplicación de los Estados miembros, el estudio de la cooperación entre las tres agencias antes y después de la introducción del mecanismo de los *hotspots*, y las limitaciones a las competencias reforzadas de las agencias a la luz de sus fundamentos jurídicos, teniendo en cuenta especialmente la jurisprudencia del TJUE y el control de los Estados miembros y de la sociedad

civil. Finalmente, se proponen algunos escenarios previsibles de conformidad con las tendencias regulatorias actuales, entre los que destaca la consolidación de los *hotspots* como mecanismo de carácter general y de utilización a largo plazo. Además, el autor no rehúye debates actuales, como la intensificación de los mecanismos para una aplicación efectiva de las políticas existentes, que han adquirido un especial protagonismo en los últimos años; la diferencia entre el marco jurídico en el que se establece el mandato de las agencias y su actuación en la práctica, que el autor atribuye tanto a la oscuridad de los instrumentos jurídicos que las regulan como a la falta de transparencia sobre las actividades de esas agencias en la práctica, o la transformación de la EASO en la Agencia Europea de Asilo.

Se trata de una edición cuidada, en la que la información se expone de forma amena y con sencillez, claridad de estilo y concisión, prescindiendo de datos superfluos. La bibliografía es variada y suficiente e incluye doctrina en inglés y castellano, aunque en ella tienen un gran peso los documentos técnicos y preparatorios. Los esquemas y diagramas incluidos por el autor contribuyen a aclarar conceptos o distinciones complicadas de una forma visual, como la clasificación de las agencias del ELSJ y el mandato inicial, las actividades reales y la composición de los órganos de cada agencia, así como la evolución de sus competencias y de la cooperación entre ellas. Además, se incluyen diagramas que amplían la información proporcionada en el texto principal y esquematizan acciones concretas de Europol y del Centro Europeo de Lucha contra el Tráfico Ilícito de Migrantes, y los recursos admitidos e inadmitidos frente a la actuación de la Guardia Europea de Fronteras y Costas.

En definitiva, la obra ofrece una visión global y crítica que permite hacer balance de la evolución de la política de la Unión Europea en materia migratoria

a través de sus agencias especializadas, exponiendo sus aciertos, sus dificultades y sus lagunas. Gracias a su análisis comparativo, llena un vacío en la doctrina española, supone una aportación novedosa en la doctrina en lengua inglesa y constituye una obra recomendable tanto para

los especialistas como para las personas interesadas en el DIP y de la Unión Europea con carácter general.

A. M. MAESTRO CORTIZAS
Universidad de Vigo

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.73.2.2021.5.07>

GOÑI URRIZA, N., *Las donaciones en Derecho internacional privado*, Cizur Menor, Thomson Reuters/Aranzadi, 2020, 215 pp.

Hace ya unos cuantos años, cuando me acerqué al tema de las donaciones, me resultó curiosa la escasa atención doctrinal que habían merecido. Me sigue pareciendo un objeto de estudio relevante y muy formativo para quienes quieran ahondar en las técnicas que más nos singularizan como disciplina. Todo ello justifica ya el interés inicial por la lectura de la obra que aquí se presenta.

La estructura del libro muestra la decidida intención de la autora de hacer un análisis global, incluyendo competencia, ley aplicable y reconocimiento, para finalizar con un repaso de Derecho interregional, muy arraigado en este sector. Se echa de menos un apartado final de conclusiones, siempre útil para el lector.

La metodología utilizada persigue meritariamente un examen problematizado de las donaciones, utilizando la imprescindible interacción entre el Derecho material y el Derecho internacional privado y, dentro de este, buscando la coherencia dentro de la confluencia de pluralidad de fuentes. Ello demuestra la complejidad y transversalidad de la institución, como se constata en la enriquecedora casuística que la autora nos ofrece. Se acompaña asimismo de abundantes citas a la jurisprudencia y práctica registral españolas, que podría haberse completado con la experiencia de tribunales extranjeros en la aplicación compartida de los Reglamentos europeos.

Los bloques dedicados a la competencia judicial y al Derecho aplicable siguen

un trazado muy paralelo. En primer lugar, se abordan los problemas relativos a la (in)capacidad de donante y donatario, con su respectiva incidencia sobre el ámbito material de aplicación de Bruselas I bis (en función de que se presenten como cuestión principal o incidental) y de Roma I (en función de su catalogación como reglas de capacidad general o restricciones especiales vinculadas al fondo). En segundo lugar, siguiendo una calificación contractual de la institución, se determinan las reglas de competencia y ley aplicable al fondo y a la forma. Finalmente, se incluye la delimitación del estatuto rector de las donaciones respecto de los regímenes económicos matrimoniales y parejas registradas (y sus respectivos Reglamentos), cuando el donante y/o donatario están unidos por un vínculo de este tipo; respecto del régimen sucesorio (y su Reglamento), cuando los herederos reclaman, entre otras cuestiones, la reducción y colación de las donaciones; y respecto de la dimensión jurídico-real, con sus consecuencias para la competencia exclusiva sobre inmuebles y el ámbito de aplicación del art. 10.1 CC.

El reconocimiento de decisiones merece una atención muy menor, como puede comprobarse en la sistemática, con una parte IV de dos páginas que desequilibra notablemente la estructura del trabajo. El bloque V, que rubrica como la eficacia de las donaciones otorgadas en el extranjero, es un análisis sobre la eficacia registral de las donaciones incluidas en un documento público extranjero, que

conduce inevitablemente a una problemática más amplia no exenta de polémica registral y doctrinal.

El libro finaliza con un bloque dedicado a los problemas de Derecho interregional, en el que reitera el esquema trazado de capacidad, fondo y delimitación de los regímenes matrimoniales y sucesorio, con una enumeración del régimen conflictual autónomo español aplicable.

Este rápido repaso evidencia que se desgranar a lo largo de la obra todos los contenidos que inciden, de una u otra manera, en el régimen de las donaciones, aunque el tratamiento es desigual. Por exceso, resultan prescindibles las enumeraciones —e incluso la reproducción literal— de las soluciones normativas de los diversos Reglamentos en presencia, máxime cuando de ello se deriven imprecisiones o ausencias. Por defecto, porque hay contenidos que demandaban más. Así ocurre con el tratamiento de la calificación de las donaciones. Es difícil asumir su carácter contractual y la aplicación de Roma I, cuando el Derecho nacional lo configura como un acto unilateral y libremente revocable (véase el ejemplo de la ley escocesa, que la propia autora menciona, p. 93), sin cumplimentar, por tanto, los caracteres enunciados por el TJUE para el concepto autónomo. El posicionamiento sobre las donaciones *mortis causa* tampoco es fácil y, de hecho, en el ámbito de la ley aplicable (p. 102), la autora se muestra más contundente que en el sector de la competencia (pp. 66 y ss.). Quizá las donaciones sea uno de los ejemplos más evidentes de

la imposible calificación autónoma sin contar con las soluciones de los Derechos nacionales como elemento de contraste.

Por otra parte, se incluyen interesantes referencias a donaciones especiales, como las donaciones de órganos o a partidos políticos, que se intuye debieran merecer un tratamiento singularizado. También más detallado debiera haber sido el estudio de las donaciones indirectas —que en su momento analicé en relación con los contratos internacionales a favor de tercero— y que plantean importantes problemas de interacción entre la relación contractual de cobertura y la donación subyacente encubierta. Asimismo, el lector puede quedarse con ganas de más cuando se apunta la problemática del Derecho interregional con el ejemplo del art. 50 de la Compilación balear.

Nos encontramos, en consecuencia, ante una obra que ha vuelto a hacer visible y actualizado el estudio sobre donaciones en las relaciones transfronterizas, en un escenario normativo especialmente complejo de cohabitación de fuentes diversas, y que deja señuelos para futuros debates. Se muestra un sector en el que el Derecho internacional privado de corte «clásico», con sus problemas de calificación y delimitación, emerge con toda su fuerza y con todas las consecuencias prácticas que de él se derivan. Ya sabemos que las matemáticas no están reñidas con la física.

P. JIMÉNEZ BLANCO
Universidad de Oviedo

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.73.2.2021.5.08>

JIMÉNEZ GARCÍA, F., *Derecho internacional líquido: ¿efectividad frente a legitimidad?*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, 331 pp.

En esta obra, estructurada en cinco capítulos, Francisco Jiménez García trata del *soft law*, los acuerdos políticos o no normativos y los acuerdos internacionales administrativos. Pese al carácter vinculan-

te de estos últimos y no vinculante de las dos primeras categorías, todos ellos formarían parte, a juicio del autor, del «Derecho internacional líquido» y ello vendría a justificar su tratamiento conjunto.

Resulta evidente que la práctica ha desbordado ampliamente las fuentes tradicionales del Derecho internacional y el libro, que maneja una cantidad ingente de materiales, algunos novedosísimos y pertenecientes a ámbitos temáticamente muy diversos, da buena cuenta de ello. Lo hace con un espíritu particularmente crítico con la práctica española, especialmente, por lo que se refiere al uso (abuso) de los acuerdos no normativos y, más aún, de la figura de los acuerdos internacionales administrativos, con respecto a los cuales rechaza abiertamente que puedan encontrar su fundamento en instrumentos que no sean tratados internacionales, debido a la ausencia de un aval parlamentario.

Las fuentes doctrinales citadas son incontables y es igualmente completo el aparato jurisprudencial que se maneja, que no se limita a los tribunales internacionales (incluidas las conclusiones de Abogados Generales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea), sino que abarca también la doctrina más reciente de nuestro Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional.

Por lo dicho hasta ahora, es fácil augurar que estamos ante un libro al que se volverá con frecuencia para consultar el tratamiento que en él se hace de alguno de los innumerables instrumentos presentados. Las rúbricas de los distintos apartados y subapartados dentro de cada capítulo constituyen una síntesis de su contenido y, en ese sentido, sin duda facilitarán la búsqueda.

La lectura, sobre todo de los dos primeros capítulos, dedicados al *soft law* y en los que el Profesor Jiménez García revisa y actualiza el texto del «Curso de Victoria» que impartió en 2019, insistiendo en el rechazo a la división binaria entre *hard law* y *soft law*, avanza lentamente, pues reclama una reflexión continua.

Frente a quienes califican de *soft law* cualquier instrumento carente de un valor jurídicamente vinculante, el autor

rehúsa incluir en esta categoría a los acuerdos políticos o no normativos. La diferenciación radicaría en la distinta intención que los preside: así, mientras los instrumentos del *soft law* aspiran a una conexión (una transformación, incluso) en *hard law*, los acuerdos políticos o no normativos huyen de dicha conexión, ya que lo que persiguen es escapar al control democrático y la fiscalización judicial aplicables a los instrumentos obligatorios. Por esa potencialidad jurídica que lo identificaría, el Profesor Jiménez García dedica una especial atención al *soft law* normativo, examinando sus dimensiones interpretativas, técnicas y de política legislativa.

Pese a acoger un concepto de *soft law* más limitado del que manejan otros autores, el autor destaca la distinta densidad normativa que pueden presentar estos instrumentos, lo que le lleva a introducir la distinción entre «principios *soft law*» y «reglas *soft law*».

En los dos capítulos dedicados a los acuerdos políticos o no normativos, Francisco Jiménez vuelve sobre los elementos materiales que permiten distinguirlos de los tratados, pero, sobre todo, examina los supuestos de instrumentos celebrados bajo esta forma y las razones subyacentes. El autor menciona la categoría de «acuerdos no normativos jurídicamente armonizadores» para referirse a aquellos convenios internacionales calificados como no vinculantes jurídicamente, pero a través de los cuales las partes de las que emanan aspiran a conseguir armonizaciones normativas o interpretaciones consensuadas de tratados internacionales previos, admitiendo que «presentan muchas similitudes con el *soft law*» y que «fluctúan entre la delgada línea que separa los acuerdos no normativos de los convenios interpretativos o de enmienda sometidos al régimen general de los tratados internacionales» (p. 158). El Doctor Jiménez García califica aquí como acuerdos políticos los acuerdos internacionales celebrados por la Unión

Europea en el marco de la PESC, en atención a la exclusión del Parlamento Europeo en su proceso de celebración y a la ausencia de control por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (p. 233); sin negar ambas realidades, nos cuesta compartir esa calificación.

El último capítulo se ocupa de los acuerdos internacionales administrativos, examinando su tratamiento en la Ley 25/2014 y en el ordenamiento interno de otros países, como Estados Unidos, Francia y Alemania. En este marco se analizan los acuerdos administrativos concertados entre nuestro país y la Santa Sede y se repasan los distintos instrumentos adoptados en el marco de la Unión Europea durante la crisis econó-

mico-financiera de 2008 y que van desde las recomendaciones específicas por país de la Comisión al Acuerdo de Facilidad de Asistencia Financiera, pasando por el MEDE.

En una obra de estas características se habrían agradecido unas conclusiones en las que el autor no solo recapitulara las ideas fuerza de su discurso, sino que también identificara los puntos de amalgama entre las tres realidades estudiadas, que podrán compartir su carácter líquido, pero que son (sobre todo, los acuerdos internacionales administrativos) ciertamente dispares.

C. MARTÍNEZ CAPDEVILA

Universidad Autónoma de Madrid

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.73.2.2021.5.09>

MARÍN CONSARNAU, D. (coord.), *Retos en inmigración, asilo y ciudadanía. Perspectiva Unión Europea, internacional, nacional y comparada*, Madrid, Marcial Pons, 2021, 370 pp.

Esta publicación, compuesta por 23 capítulos, representa un amplio compendio de saberes multidisciplinarios. Se abordan problemas y se proporcionan soluciones teóricas, prácticas, políticas, y jurídicas, desde distintas perspectivas, sobre el ejercicio de libertades y derechos de los extranjeros.

Aunque esta obra no está dividida por bloques temáticos, atendiendo a su título, intentaremos realizar un esfuerzo de síntesis e identificación de los retos implícitos en la misma.

Estos retos giran en torno a: externalización, control de fronteras, y retorno de los inmigrantes irregulares desde un enfoque de derechos humanos; interpretación de la legislación de extranjería y asilo desde una perspectiva de género y de derechos de la niñez; solidaridad efectiva en el reparto de los solicitantes de protección internacional; regulación jurídica de la residencia por razones humanitarias; límites a la relocalización; estatus de ciudadano de las personas

migrantes; gestión de los conflictos derivados de la diversidad cultural; y, facilitación de la libertad de residencia y del derecho a la vida familiar a los extranjeros de terceros estados familiares de ciudadanos europeos.

Hay que señalar, en primer lugar, que varios capítulos desvelan el contexto práctico y jurídico europeo en terceros países «seguros» como Libia o Níger, quiénes se convierten en los sicarios de la Unión Europea reteniendo a extranjeros, tanto los que encajan en el marco de protección internacional como los que no. Nos parece reveladora la denuncia de la tergiversación de la política comunitaria, y la reiteración de la externalización de las fronteras europeas (pp. 51-72, 229-238 y 329-340). Consideramos, entre otros aspectos, a efectos de una visión completa, que debería incorporarse un análisis de Marruecos, principal país «colaborador» en materia migratoria con España, y el papel desempeñado por los funcionarios de enlace de inmi-

gración descifrando la composición de flujos migratorios en Estados de origen y de tránsito (Reglamento 2019/1240). Sin embargo, es muy elogiable la incorporación de un análisis comparado con México (pp. 249-264).

Cuando falla la externalización en el control de las fronteras, los nacionales de terceros Estados se encuentran con otro escalafón de control: la Guardia Europea de Fronteras y Costas, que ha de detectar sus vulnerabilidades y clasificarlos a efectos de retornarlos al país de origen o a un tercer Estado. En el análisis de este aspecto se evidencia que es un órgano que muestra tanto fortalezas como deficiencias (pp. 305-318).

En el supuesto de que se identifiquen como extranjeros en situación irregular, se debe aplicar la Directiva retorno para proceder a su expulsión de la Unión Europea. En ese sentido, nos parece elocuente la acreditación por parte de varios autores de la obra de la criminalización de este tipo de extranjeros. Personas que primero son internadas en los CATE, y posteriormente en los CIE, sin proporcionarles garantías procedimentales para una correcta tutela judicial efectiva de sus derechos fundamentales en el procedimiento administrativo de retorno (pp. 91-104, 265-274 y 275-288). Aquí debemos advertir que, a fecha de la publicación de la presente obra, se amplían las garantías para limitar las expulsiones de menores no acompañados exigiendo una acogida adecuada tras el retorno (asunto C-441/19, STJUE de 14 de enero de 2021).

En segundo lugar, debemos mencionar la intuitiva incorporación del enfoque de derechos de niñez a la legislación interna de extranjería y asilo. En concreto, en el procedimiento de determinación de la edad del menor no acompañado, se incorpora el interés superior del menor y se definen garantías procedimentales (pp. 105-122). También, en la propuesta de creación de garantías para que el menor no acompañado acceda a su dere-

cho al asilo en España (pp. 289-298). Sin embargo, junto a estas propuestas, muy recientemente el Comité Económico y Social Europeo se ha pronunciado proponiendo la protección de esos menores en Europa a través de la creación de una Directiva (C-429/26, *DOUE* de 11 de diciembre de 2020). Asimismo, se intuye la incorporación de un enfoque de género a través de las denuncias realizadas sobre la conceptualización de las víctimas de trata, cooperación y acceso al asilo por parte de mujeres adultas (pp. 73-90 y 341-348).

En tercer lugar, quiero destacar el análisis contrastado y perspicaz de la ausencia de solidaridad efectiva entre Estados miembros, que aceptan el traslado de solicitantes de asilo, aun no siendo responsables conforme al SECA (pp. 123-150). Sin obviar que la jurisprudencia europea, en ocasiones, desactiva el Reglamento Dublín III, y equilibrando el reparto de solicitantes de asilo, impidiendo la devolución a los Estados responsables en los que reciben un trato inhumano y degradante (pp. 319-328). Una insolidaridad que conduce, también, a decisiones unilaterales y arbitrarias de los Estados europeos que modifican su legislación interna para impedir, o permitir, la llegada de extranjeros que encajen en la noción de residencia por razones humanitarias (pp. 151-166 y 299-304).

En cuarto lugar, en esta obra se demuestra cómo los Tribunales sirven de laboratorio migratorio con capacidad para romper con los patrones socioculturales impregnados en la normativa interna de asilo y extranjería, y de civil, abordándose las consecuencias positivas de su jurisprudencia en los derechos de las personas inmigrantes (pp. 15-28), y en la gestión de los conflictos derivados de la diversidad cultural (pp. 29-50, 239-248). Obviamente, esa jurisprudencia afecta a las relaciones familiares de los españoles y europeos con nacionales de terceros Estados, ejerzan, o no, la libertad de circulación, y se adecúen, o no,

al orden jurídico interno (pp. 167-188 y 211-228).

Señalar, por último, el brillante análisis realizado en el Epílogo, donde se evidencia la discriminación que padecen españoles y sus cónyuges y proge-

nitores nacionales de terceros Estados, así como una propuesta *de lege ferenda* (pp. 349-360).

L. SERRANO SÁNCHEZ

Universidad Tecnológica de El Salvador
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.73.2.2021.5.10>

MARRERO ROCHA, I., *Soldados del terrorismo global. Los nuevos combatientes extranjeros*, Madrid, Tecnos, 2020, 224 pp.

El terrorismo es un fenómeno complejo, multidimensional y en constante evolución, lo que siempre ha dificultado, académica y políticamente, encontrar una definición operativa. Ello, como es sabido, ha obligado a los Estados y las organizaciones internacionales a buscar consensos muy difíciles, a causa de las distintas visiones e interpretaciones del fenómeno que aplica, a veces con interés de parte, cada actor.

Un marco legal internacional de referencia es la Resolución 1566/2004 del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), que define como terroristas aquellos «actos criminales, inclusive contra civiles, cometidos con la intención de causar la muerte o lesiones corporales graves o de tomar rehenes con el propósito de provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en determinada persona, intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto, o a abstenerse de realizarlo, que constituyen delitos definidos en los convenios, las convenciones y los protocolos internacionales relativos al terrorismo» (Consejo de Seguridad de la ONU, Resolución 1566/2004: 2).

La definición, de muy amplio espectro y fruto de un mínimo común denominador entre los miembros de la ONU, tiene el gran mérito de tipificar explícitamente el fenómeno terrorista a escala global y no solo internacional, algo que fue ya evidente a partir de los atenta-

dos del 11 de septiembre de 2001. Su punto débil, no obstante, es el carácter muy genérico de la definición, que permite abundante discrecionalidad, puesto que debe aquilatar las «intenciones» de cometer actos delictivos como los mencionados. La discrecionalidad es siempre algo de doble filo: da flexibilidad y permite abordar temas y conductas en cambio constante, pero, también, podría permitir usos arbitrarios y «politizados», en decir con intención clara de parte, al no tipificar conductas delictivas concretas.

Lo anterior señala algunas de las dificultades conceptuales, académicas y prácticas, en la esfera normativa y en la de actuación de organizaciones intergubernamentales y de Estados nacionales, que derivan del fenómeno del terrorismo global y de cómo está afectando a los conflictos armados actuales, a las diversas formas de violencia directa, y, en particular, a los actores combatientes. Y uno de esos fenómenos más importantes, y esquivos a un análisis riguroso, es el de los combatientes extranjeros en los diversos grupos que practican terrorismo global, en particular a partir de la aparición de «franquicias» descentralizadas y con capacidad autónoma respecto del grupo central y primigenio.

Justamente ese es el tema del libro de Inmaculada Marrero, ocuparse de un tema central del terrorismo global, pero a la vez, muy poco estudiado, y, por ende, muy dinámico y cambiante, en general y todavía más desde la perspectiva de las relaciones internacionales: los comba-

tientes del terrorismo global y, más en concreto, los combatientes extranjeros o internacionales y su incidencia en procesos internacionales, con especial mención al caso de la Unión Europea. Hay que destacar que, como la autora explica en su prefacio, el texto deriva de un proyecto de investigación codirigido y de su participación en otros, así como de una larga trayectoria de publicaciones desde 2015 sobre el tema en artículos científicos y capítulos de libros.

El libro está estructurado en una introducción y ocho capítulos. El Capítulo 2 se dedica a presentar el fenómeno de los combatientes extranjeros en clave evolutiva, y como han ido pasando de «héroes» románticos y comprometidos con las luchas por la «libertad» o la «revolución» a «villanos», algo que la autora vincula, con un análisis cuantitativo y cualitativo, a los procesos de reclutamiento y radicalización violenta, sin olvidar un énfasis en el caso de las mujeres combatientes extranjeras. Los Capítulos 3 y 4 se dedican a poner en contexto el marco conceptual previamente explicitado, dedicando el tercer capítulo a los vínculos entre terrorismo global (en sus diversas modalidades) y combatientes extranjeros y, el cuarto, por su parte, a la incidencia de dichos combatientes en los conflictos armados actuales, con cambios significativos en curso, y también a su relación con otros actores no estatales armados. Estos cuatro capítulos, introducción y los tres comentados, constituyen el marco general analítico y explicativo. Los restantes se focalizan en casos o dimensiones específicas del fenómeno. El Capítulo 5 se dedica a los combatientes

extranjeros regresados y su impacto en la seguridad europea, un fenómeno que ha causado gran preocupación en la Unión Europea y en sus Estados miembros y asociados a partir del inicio del retorno de los combatientes rusos desplazados a Afganistán desde 1979. El Capítulo 6 se dedica a las diferentes respuestas legales a los problemas, heterogéneos, que generan los combatientes extranjeros, tanto en el marco del Derecho internacional humanitario como en las decisiones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y, naturalmente, de la Unión Europea. El Capítulo 7 se ocupa de un tema muy relevante y complejo: el papel de la Unión Europea y de los Estados miembros en los procesos de desradicalización y lucha contra la radicalización y cómo abordar los problemas que plantean el retorno de combatientes extranjeros. Finalmente, Capítulo 8 y final se focaliza en el caso español, en el marco normativo y en las políticas orientadas a prevenir la radicalización y a fomentar la desradicalización.

En suma, todo ello convierte el presente libro en una excelente monografía sobre el tema, sin duda la mejor publicada en castellano y en uno de los textos relevantes y de consulta obligada en clave comparada internacional, al tratar, de forma concienzuda y desde múltiples perspectivas, un fenómeno tan crucial para las relaciones internacionales y la seguridad global como el papel de los combatientes extranjeros en el terrorismo global.

A. DEMURTAS

Universitat Autònoma de Barcelona
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.73.2.2021.5.11>

MARTÍN RODRÍGUEZ, P. (dir.), *Nuevo Mundo, Nueva Europa. La redefinición de la Unión Europea en la Era del Brexit*, XXVIII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, 552 pp.

La presente monografía recoge las ponencias y las comunicaciones, actualizadas, que fueron presentadas en las

XXVIII Jornadas Ordinarias de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales

les que se celebraron en Granada del 18 al 20 de septiembre de 2019. El volumen ofrece un análisis intenso de cuáles son las consecuencias a las que se enfrenta la Unión Europea ante la situación producida por la decisión de retirada de Reino Unido. Es bien cierto que la relevancia ha quedado mediatizada y diluida por el impacto de la crisis de la covid-19, cuyas consecuencias sanitarias, económicas y sociales se prolongarán en el tiempo. Pero las secuelas de la retirada británica del proyecto de integración europea y la conveniencia de plantearse hacia donde se dirigirá la evolución de la Unión Europea continúan vigentes.

La obra se estructura en torno a dos partes, precedidas por una brillante y estimulante reflexión del Profesor Diego J. Liñán sobre los valores y Derecho en la Unión Europea donde constata su preocupación por la insuficiencia, y las deficiencias, del aparato normativo, institucional y procedimental de la Unión Europea para reaccionar ante algunos Estados miembros, cuyo comportamiento quiebra el sistema de valores de la Unión Europea.

En la parte inicial los participantes recapacitan sobre el horizonte de la sociedad internacional en general y europea en particular, a partir de tres lógicas de funcionamiento presentes en la actualidad. En la primera se aborda la dificultad de deslindar las esferas pública y privada en las organizaciones políticas y jurídicas. Para ello cada ponente examina un ejemplo a partir del cual se induce la dificultad de precisar esta delimitación: la lucha contra el Daesh, en el espacio jurídico-penal; la Ley Helms-Burton y la litigación internacional, y las relaciones entre las esferas pública, privada e internacional.

En la segunda se examina la tensión que la realidad virtual ocasiona en las entidades y ordenamientos estatales, cuyas bases se fundamentan en parámetros territoriales. Bajo este presupuesto, los ponentes indagan en las consecuencias que

se derivan en tres ámbitos específicos: el cambio en la configuración de las relaciones de poder, la jurisdicción y la responsabilidad internacional en el ciberespacio y el alcance espacial de las medidas frente a la difusión de información ilícita en línea.

La tercera lógica se asienta en la progresiva judicialización de los valores en la sociedad internacional y europea como mecanismo para asegurar su respeto. Los participantes reflexionan sobre el alcance de esta situación en el escenario internacional, a partir de la actividad desarrollada por la Corte Internacional de Justicia y la Corte Penal Internacional, y en el contorno europeo, mediante el control jurisdiccional del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la defensa del Estado de Derecho. Además, se examina, a partir del análisis de las iniciativas de la Unión Europea respecto a los menores extranjeros, la primacía del valor de la seguridad frente al de la igualdad y no discriminación.

La segunda parte, precedida por una ponencia sobre la Unión Europea ante la crisis del multilateralismo, aborda determinadas áreas, que fueron objeto de paneles específicos, en los que se examinan pormenorizadamente las consecuencias que produce la retirada británica de la Unión en algunos sectores y políticas claves. El análisis se centra en el espacio judicial y de seguridad interior, la seguridad exterior, el mercado interior y la Unión económica, el impacto sobre el sistema institucional, la redefinición de la ciudadanía y los derechos de los ciudadanos europeos y las repercusiones sobre el sistema internacional.

Las comunicaciones, presentadas en cada uno de los paneles, son el núcleo medular de esta parte y nos ofrecen una amplia panoplia de ejemplos que exploran las consecuencias del *Brexit*. Así, a título de ejemplo, y sin ánimo de ser exhaustivo, se examinan desde las repercusiones sobre los instrumentos de reconocimiento mutuo (euroórdenes, órdenes

de entrega y conservación de pruebas electrónica a efectos de enjuiciamiento penal), hasta las secuelas sobre la libertad de establecimiento de sociedades, y la supervisión de actividades bancarias. Incluyendo las limitaciones al derecho de residencia de los ciudadanos europeos, las repercusiones sobre el TJUE, y la incidencia en la lucha contra el cambio climático. Entre las comunicaciones, también se aborda la incidencia que el *Brexit* tiene en Gibraltar, específicamente en dos sectores concretos, la afectación en el régimen jurídico de los trabajadores fronterizos y las posibilidades de futuro en materia de cooperación transfronteriza.

En definitiva, y suscribiendo las palabras del Profesor Pablo Martín, Director de las Jornadas y de la monografía, este estudio colectivo «proyecta una robusta reflexión crítica sobre la Unión Europea buscando atisbar su horizonte, aventurar dónde se decantará en su evolución», y nos «suministra un instrumental intelectual

de primera magnitud para comprender esta situación».

Esta obra, además de ofrecer un análisis exhaustivo sobre el objeto considerado, tiene la virtualidad de ofrecer un retrato que expresa el dinamismo de los miembros de la AEPDIRI y la calidad de sus investigaciones. Asimismo, y desde otra perspectiva, este libro es la constatación del éxito de estimular y mantener la celebración de las Jornadas como un foro de discusión académico-científico de calidad, donde los integrantes de las diferentes áreas de conocimiento que participan en la asociación debaten conjuntamente, y desde distintas perspectivas, temas de interés mutuo. También es la manifestación de la dedicación, el compromiso y el buen hacer de los integrantes de la Junta Directiva de la AEPDIRI y del Comité de Organización de las Jornadas.

A. OLESTI RAYO

Universidad de Barcelona

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.73.2.2021.5.12>

OANTA, G. A., *La sucesión de Estados en las organizaciones internacionales: examen de la práctica internacional*, Barcelona, Bosch Editor, 2020, 379 pp.

Un aliciente de este libro es la imbricación de los dos sujetos clásicos del Derecho internacional: el Estado, supremo hacedor de este ordenamiento jurídico, y la Organización internacional, sujeto derivado y funcional, hecho por el Estado para ayudarle en el desempeño de las altas funciones que tiene asumidas.

En efecto, por un lado se parte del fenómeno de la sucesión de Estados, con especiales referencias a la secesión. A este propósito, hay referencias a la secesión remedio («un mito jurídico», según la autora), a la desacertada opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre Kosovo y a las reticencias de los «nuevos» Estados africanos a amparar nuevas fracturas estatales. No hay propiamente referencias al «procés» catalán,

pero sí se afirma que una real, no ficticia, República catalana habría de someter su solicitud para formar parte de los organismos internacionales de los que es miembro ahora el Reino de España, y la suerte de dicha solicitud dependería, en buena parte, de la anuencia o renuencia del Estado predecesor.

De todas formas, la obra está enfocada primordialmente en la figura de las organizaciones internacionales, y parte de la base de una codificación inacabada e imperfecta sobre su estatuto jurídico, de modo que no se puede formular una teoría general sobre estos sujetos. En concreto, al quedar para la Comisión de Derecho Internacional como «asignatura pendiente» la sucesión de Estados en las organizaciones internacionales, todo lo

más se podrían entresacar algunas conclusiones en este ámbito de las codificaciones, también incompletas, emprendidas sobre responsabilidad internacional o sobre tratados (en lo relativo a la sucesión de Estados o a los tratados hechos con la participación de organizaciones internacionales).

Es cierto, en contra de lo habitualmente proclamado, que tampoco hay una teoría general uniforme en lo concerniente al Estado, pues en él también domina el situacionismo, pero el individualismo de la organización internacional es, desde luego, mucho más acusado. Así pues, el estudio de este sujeto secundario debe hacerse desde un prisma existencialista, biológico. No siempre su estructura institucional está desarrollada, no siempre su funcionamiento y su eficacia son constantes, sino guadianescos, ni siquiera su tratado constitutivo siempre domeña la actividad del Derecho derivado de la organización. Nos encontramos, pues, ante un fenómeno que multiplica, enriquece y enrevesa, los subsistemas jurídicos del Derecho internacional.

Ante estas carencias y dudas que ofrece el Derecho internacional general, la Profesora Oanta opta, acertadamente, por un estudio de la práctica en la materia más que por elucubraciones teóricas y abstractas. Así, nos presenta un recorrido institucional y geográfico, con valiosas enseñanzas al mismo tiempo históricas y politológicas, sobre el tratamiento dado por los organismos públicos internacionales a la nueva realidad estatal.

A tal fin, y luego del capítulo primero de carácter introductorio, el libro aborda, sucesivamente, las organizaciones internacionales de ámbito universal, las regionales de ámbito intercontinental y continental y las regionales *stricto sensu* y las subregionales. La realidad de la práctica le lleva a estudiar en mayor medida el proceso africano y en menor el americano.

Más incisivo y novedoso es el Capítulo 5 y último, dedicado a la «retirada de

un Estado de una Organización internacional y sus efectos en la membresía de ambos en otra Organización internacional a la luz del *Brexit*». La inserción de la «organización regional de integración económica» por antonomasia, la Unión Europea, en el entramado institucional del Derecho internacional se desenvuelve entre soluciones casuísticas, irregulares, incoherentes, politizadas. Este estado de cosas ha sido abordado en gran número de análisis doctrinales. Gabriela Oanta se detiene en un modelo de organización internacional comprensiva de competencias compartidas de la Unión Europea —la FAO— y otro modelo atinente a competencias exclusivas de la Unión, el de las organizaciones regionales de ordenación pesquera (OROP). En el caso de la admisión de la Unión Europea por la FAO, la autora invoca la necesidad, la urgencia de un nuevo esquema de membresía.

Lo más interesante y singular es la aproximación del tema desde la perspectiva del *Brexit*, esto es, cuando un Estado se retira de una organización internacional que forma parte de otra organización internacional. Reino Unido queda en una situación incómoda tanto en la FAO, donde ha de recuperar la plenitud de sus competencias, parcialmente representadas por la Unión Europea, como en las diez OROP en las que la Unión ostenta la membresía única, sin el concurso de sus Estados miembros, y respecto a las cuales Reino Unido ha de acometer su adhesión de nueva planta, trámite que no resulta sencillo. Por muchos motivos, la cuestión pesquera se presenta como uno de los expedientes más espinosos de este malhadado proceso de retirada de la Unión Europea (objeto, en relación con su control judicial, de una nueva monografía de Gabriela Oanta, coescrita con José Manuel Sobrino Heredia).

Termino: la obra, no solo en materia pesquera, sino también en punto a las organizaciones internacionales, es digna continuadora de líneas de investigación

prominentes de la escuela liderada por el Profesor Sobrino Heredia, cuyos fecundos estudios sobre el Derecho de las organizaciones internacionales han sido una guía indispensable para Gabriela Oanta a la hora de desarrollar su concienzudo estudio, que supone una aportación a esa, siempre lacunaria, teoría general de las organizaciones internacionales. Cabe

esperar que la desinstitucionalización de las relaciones internacionales que señala en su trabajo producto de la nefasta presidencia de Donald Trump se vea convenientemente corregida y enmendada en el porvenir.

J. ROLDÁN BARBERO
Universidad de Granada

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.73.2.2021.5.13>

ORTEGA GIMÉNEZ, A., *Incoterms 2020 y compraventa internacional de mercaderías: teoría y práctica*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, 266 pp.

El contrato de compraventa internacional de mercaderías es la figura central de la contratación internacional. Ello explica que sean numerosos los esfuerzos de unificación normativa con los que se ha tratado de mejorar su regulación, llevados a cabo tanto por los Estados como por los propios comerciantes, en el seno de diversas organizaciones internacionales. En relación con la actuación de los Estados podrían mencionarse distintos instrumentos de unificación material o conflictual, si bien el protagonismo corresponde, indudablemente, al Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, elaborado por UNCITRAL. Y en el caso de los comerciantes cabría referirse a un conjunto de usos y prácticas, englobados bajo la expresión de Nueva Lex Mercatoria, donde destacan los Incoterms, promovidos por la Cámara de Comercio Internacional. Se trata de actuaciones complementarias, pues el Convenio de Viena tuvo el acierto de reconocer y encauzar la autonomía negociada de los comerciantes, fijando también el marco para la aplicación de los usos y prácticas del comercio internacional.

Como es bien sabido, los Incoterms son unas cláusulas que pueden incorporarse a los contratos de compraventa internacional de mercaderías, sirviendo para fijar los derechos y obligaciones de comprador y vendedor en relación con

aspectos clave, como son el cumplimiento de los trámites aduaneros de exportación e importación, la contratación del transporte, del seguro o la transmisión de riesgos. Estas cláusulas, cuya primera versión data de 1936, se han modificado en diversas ocasiones, con el fin de resolver los problemas interpretativos que podían suscitarse, así como para adaptarlas a las nuevas necesidades que iba planteando el comercio internacional. Y es en este contexto precisamente en el que hay que situar la obra objeto de recensión, pues en la misma se hace una presentación de la última versión: los Incoterms 2020.

Estamos ante un libro de carácter práctico, que puede resultar útil para los operadores del comercio internacional, así como para los estudiantes de grado o posgrado que cursen asignaturas relacionadas con el Derecho del comercio internacional. Para su desarrollo se recurre a numerosos gráficos y esquemas, algunos elaborados por el autor y otros por importantes instituciones vinculadas al comercio internacional, que constituyen una herramienta visual, muy didáctica y clarificadora, de las funciones que desarrollan los Incoterms.

Pasando a reflejar el contenido de la obra, hemos de señalar que el Capítulo I, de carácter introductorio, sirve para situar al lector en el significado que han tenido y tienen los Incoterms. Tras una

breve referencia a su evolución histórica, resultan de interés los epígrafes dedicados a su ámbito de aplicación y a las importantes funciones que desarrollan en el marco del contrato de compraventa internacional de mercaderías, que aparecen detalladas.

El Capítulo II, dedicado a los Incoterms 2020, es el núcleo de la obra. Tras un análisis de las diferencias que presenta esta última versión con respecto a la anterior de 2010, el lector encontrará una descripción de los distintos Incoterms. En primer lugar se presentan los Incoterms que pueden utilizarse en relación con cualquier medio de transporte (EXW, FCA, CPT, CIP, DAP, DPU, DDP), y después los que están previstos para el transporte marítimo (FAS, FOB, CFR, CIF). Se sigue en relación con todos ellos un modelo expositivo uniforme, que facilita la comparación de los efectos que cada uno de ellos produce en relación con las obligaciones de comprador y vendedor. La exposición comienza con una referencia a sus características, como son, entre otras, el tipo de transporte con los que pueden utilizarse, el lugar de entrega y recepción de la mercancía, a quién corresponde contratar el transporte o en qué momento se transmite el riesgo. Se refleja después cómo queda el reparto de costes, teniendo en cuenta las obligaciones que asumen comprador y vendedor. Y se concluye con unas reflexiones de carácter práctico, que incluyen considera-

ciones sobre las operaciones para las que resulta aconsejable cada Incoterm.

Los Capítulos III y IV ofrecen información complementaria. En el Capítulo III se vuelve sobre la aplicación en la práctica de los Incoterms 2020, presentados en esta ocasión por Grupos (E, F, C y D), con atención a su articulación con los créditos documentarios, como medio de pago. En el Capítulo IV se hace una breve presentación del Convenio de Viena y se alude a la incidencia que pueden tener los Incoterms en relación con la determinación de la competencia judicial internacional, que es un aspecto sobre el que hubiera sido interesante profundizar. También en este Capítulo IV se tratan otras cuestiones asociadas a la operación de compraventa internacional de mercaderías, como son las facturas, las modalidades de transporte y seguros o los medios de pago.

En definitiva, estamos ante un libro que ofrece información actualizada sobre un aspecto clave de los contratos de compraventa internacional de mercaderías, como son los Incoterms. Aunque ya desde la Cámara de Comercio Internacional se ofrece una guía explicativa, con esta obra, que también aborda aspectos complementarios, se contribuirá a su mejor aplicación en la práctica.

B. CAMPUZANO DÍAZ
Universidad de Sevilla

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.73.2.2021.5.14>

OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C. (dir.), *Ejecución de decisiones relativas a deudas monetarias en la Unión Europea. Experiencia española y adopción de decisiones informadas*, Madrid, Dykinson, 2020, 298 pp.

Uno de los aspectos más importantes pero también problemáticos en relación con la litigación transfronteriza es lo relativo a la ejecución efectiva y real de las deudas. Cuestión que aunque en la práctica pueda llegar a ser difícil su importancia es máxima. La unificación de los procedimientos a nivel europeo para el

cobro de deudas transfronterizas resulta de especial interés para las pequeñas y medianas empresas europeas, las cuales si no cobran sus deudas y no cuentan con crédito suficiente dejarían de poder operar en el mercado por falta de solvencia. En la obra objeto de análisis *Ejecución de decisiones relativas a deu-*

das monetarias en la Unión Europea, dirigida por la Profesora Doctora Carmen Otero García-Castrillón, se analizan de forma rigurosa pero también muy práctica los diferentes reglamentos europeos que permiten la ejecución de créditos transfronterizos. La obra colectiva fruto de un proyecto de investigación europeo y de un congreso internacional se divide en tres partes. Antes de que el lector se adentre a la obra propiamente dicha, este cuenta con un primer capítulo introductorio elaborado por la directora de la obra. Este primer capítulo es muy oportuno, no solo porque permite conocer el objetivo del libro sino porque ofrece una serie de datos procedentes de un proyecto europeo, del cual su directora es parte, muy interesantes y esclarecedores sobre el uso de estos reglamentos europeos por los tribunales españoles. Este primer capítulo introductorio permite que el lector se pueda hacer una idea de cuánto se han aplicado estos reglamentos en los últimos años en España y también el motivo de que ese uso no sea tan frecuente como debería.

Vamos a realizar un análisis breve de cada una de las secciones en las que se divide la obra y de algunos de sus correspondientes capítulos.

En la primera parte se analizan cada uno de los Reglamentos que permiten al deudor el cobro de su deuda. Esta primera parte se compone de cinco capítulos. Uno de los capítulos a destacar es el titulado «El proceso monitorio europeo: el Reglamento 1896/2006» realizado por Lidia Moreno Blesa, Profesora Ayudante Doctora en la Universidad Complutense de Madrid. En el citado capítulo, la Profesora Moreno analiza de forma rigurosa el procedimiento que desarrolla el Reglamento 1896/2006 llegando a unas conclusiones interesantes a la par que acertadas donde destaca cómo este tipo de reglamentos europeos contribuyen positivamente a la consecución de la quinta libertad europea, que no sería

otra que la libre circulación de resoluciones judiciales en la Unión Europea.

Otro capítulo a destacar de esta primera parte sería el quinto, titulado «La orden europea de retención de cuentas y la simplificación del cobro transfronterizo del crédito empresarial en la Unión Europea, así como de otras deudas civiles, laborales y de responsabilidad civil derivada de delito» y es realizado por Miguel Álvaro Artola Fernández, Magistrado-Presidente de la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca. El autor analiza de forma práctica y precisa el funcionamiento de la orden europea de retención de cuentas. En particular, me gustaría destacar una reflexión final que realiza el magistrado. A mi juicio, muy acertada, sobre cómo deberían interpretar los jueces españoles este tipo de instrumentos legales europeos. Para el autor del capítulo, el juez español que aplica este tipo de instrumentos legales internacionales debe tener una amplitud de miras suficientes como para entender que al aplicar este tipo de reglamentos europeos el juez español no es tanto un juez nacional sino un juez europeo. Por ese motivo, el encaje de este tipo de instrumentos en el procedimiento interno debería partir de esa visión global, teniendo presente los objetivos de la Unión Europea e intentando impedir que con objetivos adicionales procedentes del Derecho interno se lastre el objetivo del Espacio Europeo de Justicia.

La sección segunda de la obra titulada «Dimensión internacional» se aborda mediante dos capítulos. El primero, realizado por Jacobo Fernández Álvarez, Subdirector General de Política Legislativa del Ministerio de Justicia, aborda aspectos que tienen que ver con cambios legislativos que se han tenido que llevar a cabo en el ordenamiento español para que el Reglamento 655/2014, que regula la orden europea de retención de cuentas, pueda ser aplicado en el ordenamiento jurídico español. El segundo,

elaborado por el Magistrado Francisco Javier Forcada Miranda, Jefe de Sección del servicio de relaciones internacionales del CGPJ, versa sobre la labor del CGPJ en el apoyo a jueces y magistrados cuando deben aplicar reglamentos europeos.

Por último, en una tercera sección titulada experiencias de la práctica, la obra ofrece al lector en cinco capítulos diferentes un enfoque novedoso y práctico sobre cómo es la aplicación de estos instrumentos europeos de segunda generación.

Para concluir, destacar que la obra *Ejecución de decisiones relativas a deudas monetarias en la Unión Europea* es un estudio oportuno y pertinente donde se ofrece una visión práctica sobre los reglamentos europeos realizado en su ma-

yoría por profesionales del Derecho que tienen que enfrentarse de forma frecuente a la aplicación de estos instrumentos legales internacionales europeos. Es una obra muy recomendable para todo tipo de jurista, tanto para el que estudia el Derecho como para el que lo práctica diariamente. Una obra dirigida con maestría que refleja parte de los frutos de un proyecto de investigación europeo muy necesario para que estos reglamentos de segunda generación se conozcan, se utilicen y sobre todo resuelvan los problemas de los ciudadanos europeos a la hora de reclamar sus créditos en litigios privados internacionales.

I. ANTÓN JUÁREZ

Universidad Carlos III de Madrid

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.73.2.2021.5.15>

PALAO MORENO, G., *Arbitraje en contratos internacionales de transferencia de tecnología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, 292 pp.

Combinar un análisis teórico exhaustivo, impecable y preciso con una dimensión práctica dinámica, útil y que tiene muy en cuenta los diversos intereses en presencia, todo ello proyectado sobre un sector efervescente dentro de la contratación internacional como el que representa la transferencia de tecnología solo está al alcance de académicos de primer nivel como el Profesor Guillermo Palao, autor de esta excelente monografía que aporta pautas de gran valor para la tarea de prospección jurídica que todo operador próximo a este sector debe conocer y realizar.

La obra de Guillermo Palao permite apreciar (tras una previa y extraordinaria contextualización de los contratos de transferencia de tecnología internacionales, su tipología y sus elementos básicos) la relevancia de la prevención y de la eficiente solución de controversias a través de mecanismos alternativos a los procedimientos judiciales (que también son analizados en el tercer apartado del

Cap. II del libro), en particular el arbitraje internacional.

La dimensión normativa material, la conflictual, la procesal y la arbitral tienen cabida en esta completa y brillante obra doctrinal. El contexto negocial sobre el que proyecta su reflexión viene caracterizado por un exponencial incremento de las controversias transfronterizas vinculadas a las actividades de I+D+i y a la comercialización y a los procesos de transferencia de tecnología. Aprender, captar de forma tan didáctica y sugerente un ámbito tan complejo como el abordado en este libro representa un reto doctrinal que el autor logra superar con profesionalidad, combinando una necesaria vertiente descriptiva con el análisis, siempre sugerente por resultar dinámico y constructivo, de los problemas materiales que la dinámica negocial de este específico sector del comercio internacional centrado en la transferencia de tecnología plantea a los operadores jurídicos y a los sujetos intervinientes en el mismo.

El capítulo primero no solo contextualiza con enorme acierto el enfoque de aproximación al objeto de estudio: aporta además claves para la comprensión de los sujetos participantes e intereses en presencia, define y califica con acierto la tipología y los elementos básicos de los contratos internacionales de transferencia de tecnología (especialmente útil y creativo resulta el análisis de la dinámica negocial y del clausulado habitual). Y concluye con una descripción dinámica y certera de la normativa sustantiva y conflictual presente en los diferentes bloques normativos en presencia: desde la codificación internacional hasta las iniciativas de naturaleza «anacional», concluyendo con la normativa de la Unión Europea y la española.

La dimensión de la litigación internacional en los contratos de transferencia de tecnología es abordada en el capítulo segundo de la monografía; tiene especial valor pedagógico la apelación a la importancia de la prospección jurídica, de la prevención y en particular la acertada puesta en valor de la cláusula de resolución de controversias. Una reflexión extrapolable, sin duda, a otros ámbitos negociales del comercio internacional.

De igual modo, resulta de gran interés y utilidad la aproximación realizada en este capítulo a los diferentes mecanismos disponibles (negociación, mediación, conciliación y arbitraje, luego abordado de forma monográfica en el último capítulo). Concluye esta visión transversal de la litigación internacional con una impecable aproximación técnica al recurso a los tribunales estatales, los foros de competencia judicial, la importancia de la sumisión y los foros aplicables en ausencia de acuerdo, junto a una sugerente y acertada valoración final acerca de la opción jurisdiccional.

El capítulo tercero de la monografía integra la reflexión troncal de la publicación. Sigue el hilo conductor

marcado de antemano y logra superar una mera visión descriptiva para pasar a formular una valoración acerca de la importancia del arbitraje en este ámbito, sus ventajas y límites, para proseguir con un impecable ejercicio técnico de disección del *iter* arbitral, las medidas provisionales y cautelares, la ley aplicable al fondo de la controversia y la emisión y ejecución del laudo arbitral. El autor articula así una secuencia coherente y de alto valor doctrinal, al proyectar categorías clásicas sobre este complejo sector.

De forma inteligente el autor construye un hilo argumental que, aprehendiendo categorías del más clásico DIPr, logran ser proyectadas sobre construcciones conflictuales y procesales típicamente adscritas a este sector del Derecho del comercio internacional. Y ese doble juego metodológico exige saber moverse en terrenos jurídicos complejos, un equilibrio que el Profesor Guillermo Palao logra y sabe materializar gracias a un conocimiento que solo el análisis de la práctica contractual, sumada a un exhaustivo estudio teórico de las categorías en presencia puede aportar.

El resultado final es una obra de muy alto nivel. El estudio publicado por el Profesor Guillermo Palao representa una prueba de madurez intelectual y un acertado ejercicio de proyección de nuestras clásicas instituciones sobre novedosos ámbitos que, como el aquí abordado, representan a su vez modernos y actuales retos para la disciplina de DIPr.

Mostrar su potencialidad y la utilidad práctica que la misma posee para los operadores en la dimensión transfronteriza dentro de un sector en efervescencia como el analizado es otra de las importantes aportaciones de esta excelente monografía.

J. J. ÁLVAREZ RUBIO

Universidad del País Vasco

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.73.2.2021.5.16>

PARDO IRANZO, V., *La supresión del exequátur. Libre circulación de títulos ejecutivos en la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, 208 pp.

La monografía que aquí comentamos presenta un triple mérito: su claridad expositiva, su rigurosa sistemática y su carácter interdisciplinar, al estudiar una materia fronteriza entre dos disciplinas —el Derecho procesal y el internacional privado— que necesita de ambas para ser comprendida y aprehendida. La autora ofrece un análisis en profundidad desde ambas perspectivas, abordando cuestiones no siempre bien explicadas por doctrina y docentes, ni bien aplicadas por letrados y tribunales. La supresión del exequátur constituye, además, un tema de grandísima y constante actualidad, pues su evolución es, en cierto modo, un reflejo del desarrollo de la Unión Europea como verdadera Unión Política.

El primero de los méritos reseñados, la claridad expositiva, se refleja en la estructura del libro, que tras un primer capítulo dedicado a los imprescindibles aspectos generales de la cuestión, se proyecta en seis capítulos más, dedicados de forma autónoma a un concreto reglamento comunitario afectado por el proceso de eliminación del exequátur en el marco de la Unión Europea, que constituye el objeto de estudio. Así, el Capítulo II analiza los títulos ejecutivos europeos en el Reglamento sobre responsabilidad parental; el Capítulo III, el título ejecutivo europeo para créditos no impugnados; el Capítulo IV, el proceso monitorio europeo; el Capítulo V, el proceso europeo de escasa cuantía; el Capítulo VI, el título ejecutivo europeo en el Reglamento en materia de obligaciones de alimentos, y el Capítulo VII, la supresión formal del exequátur en el Reglamento 1215/2012.

El segundo mérito al que aludíamos es la rigurosa sistemática de la obra, por el notable hallazgo expositivo que implica el abordar una misma cuestión —el exequátur y su progresiva desaparición en el ámbito comunitario— desde

muy distintas perspectivas materiales, como son la responsabilidad parental, los procesos monitorios o los créditos no impugnados, por no ser exhaustivos. Con esta «hoja de ruta», la autora va desgranando a lo largo de cada capítulo las cuestiones jurídicas más controvertidas en la respectiva materia analizada (*ad ex.* «¿A qué hijos se refiere el Reglamento y a qué tipo de procedimiento?», al abordar el análisis del Reglamento 2201/2003), pero siempre precedidas de una certera exposición previa del texto jurídico analizado, lo que añade un valor pedagógico al interés científico de los respectivos capítulos de esta obra.

Con carácter previo a esta sucesión de reglamentos comunitarios, la autora ofrece una interesante clasificación de dichas normas utilizando un criterio sumamente útil: su incidencia real sobre el proceso comunitario de desaparición progresiva del exequátur (pp. 23-26). Se trata de una perspectiva de notable originalidad, que inspira transversalmente toda la monografía, permitiéndole alcanzar el objetivo que la Doctora Pardo anuncia desde su inicio: «El presente trabajo tiene como finalidad mostrar cuáles son los títulos ejecutivos europeos existentes en la actualidad, y pretende, sin abandonar el necesario e inicial enfoque teórico, hacerlo desde una visión práctica mostrando, de manera sencilla, cuáles son los pasos a seguir en la utilización de estos instrumentos». La lectura de su obra permite afirmar que la autora ha conseguido sobradamente su objetivo, de una forma, además, tan instructiva como amena.

El tercer mérito señalado es el carácter interdisciplinar de este trabajo, que en una materia como la abordada resulta esencial, pues confluyen en ella elementos esenciales de Derecho procesal y Derecho internacional privado. Ambas

ramas son manejadas con soltura y conocimiento por la autora, que evidencia también su faceta docente al exponerlas de forma didáctica y clara, que hace fácilmente comprensible una materia que por sí misma no lo es en absoluto. De especial interés y valor resulta el apunte de las normas procesales españolas afectadas por los diversos textos comunitarios objeto de estudio, imprescindible para entender el impacto que en el ordenamiento español ha producido la reglamentación de los títulos ejecutivos por la Unión Europea. Este rigor procesalista se aprecia a lo largo de toda la obra; por ejemplo, en la puntualización del ámbito de estudio elegido, del que se excluye el Reglamento 655/2014 por la consideración de medida cautelar que, según explica la Doctora Pardo, posee la orden europea de retención de cuentas. También, en la distinción que realiza la autora de los títulos ejecutivos según vayan precedidos o no de un proceso previo, conforme a lo dispuesto en el art. 517 LEC. Esta perspectiva se revela especialmente sagaz al detectar cuestiones complejas, como la determinación del efecto ejecutivo de las resoluciones de los letrados de la Administración de Justicia, que resuelve de nuevo utilizando una visión jurídica transversal, mediante argumentos sustentados en la doctrina procesalista y la jurisprudencia del TJUE.

Esta recensión ha pretendido reseñar lo que modestamente consideramos las principales virtudes de la obra, sacrificando para ello la inclusión de una descripción exhaustiva de la sistemática utilizada en la monografía, que por otra parte no resulta necesaria, al estar soberbiamente reflejada por el autor del prólogo, el Doctor Iglesias Buhigues. Junto a tales méritos, no podemos dejar de subrayar otros inherentes a esta monografía, como la amplitud y calidad de sus fuentes bibliográficas —de nuevo, interdisciplinarias— y jurisprudenciales, utilizadas con notable rigor y oportunidad.

Estamos ante una obra de un considerable valor doctrinal, pero que en ningún momento pierde la perspectiva práctica y comprensible que debería orientar todo estudio jurídico, pues en ella reside su verdadera razón de ser. Como apunta la propia autora cuando aborda el estudio del proceso europeo de escasa cuantía, «para muchos ciudadanos y pequeñas y medianas empresas los sistemas judiciales de los Estados miembros son demasiado costosos, excesivamente lentos y sumamente complicados». Con su análisis y reflexiones, la Doctora Pardo viene, sin duda, a minimizar tales obstáculos.

P. JUÁREZ PÉREZ

Universidad Carlos III de Madrid

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.73.2.2021.5.17>

PASCUAL-VIVES, F., *Consensus-Based Interpretation of Regional Human Rights Treaties*, Leiden-Boston, Brill Nijhoff, 2019, 290 pp.

El Profesor Pascual Vives nos plantea en esta monografía un peculiar recorrido por la jurisprudencia y práctica internacionales respecto a los principales tratados de derechos humanos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), y la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José (CADH), con sus propios órganos y tribunales de interpretación y aplicación, principalmente el Tribunal Europeo de Derechos Humana-

nos (TEDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIADH). Pero es el concepto de consenso el que va a permitir al autor redimensionar este recorrido con un ejercicio teórico y práctico sobre el funcionamiento y las problemáticas de coordinación de todo el ordenamiento internacional y sus diferentes subsectores normativos.

El Doctor Pascual Vives, Profesor Titular de Derecho Internacional Público

en la Universidad de Alcalá de Henares, realiza en este libro un viaje muy complicado, a través de tratados y jurisprudencia, visitando claves de bóveda del ordenamiento internacional, convenios de derechos humanos y las principales jurisdicciones internacionales en esta materia, el TEDH y la CIADH. Para ello se dota de la valiosa maleta de herramientas del *consensus generalis* que es la que da luz al recorrido y le permite deducir interesantes e importantes conclusiones, basándose en la existencia o no de práctica de los Estados que demuestre que existe un acuerdo sobre normas, convicciones o intereses, para determinar la norma aplicable al caso.

El objetivo de la obra es el de examinar el modo en que el enfoque consensualista de Derecho Internacional se ha instalado en los subsistemas regionales de derechos humanos, y cómo el TEDH y la CIADH lo utilizan para interpretar, respectivamente, el CEDH y la CADH.

El libro presenta así un recorrido muy jurídico, sistemático y analítico. En su estructura, hay tres Partes racionalmente diseñadas. La Parte I presenta la estructura teórica general (consenso, sectorialización y subsidiariedad). La Parte II plantea el método del Consenso y la interpretación evolutiva de Tratados gracias al mismo, exponiendo las razones que han llevado a TEDH y al CIADH a emprender una interpretación evolutiva de los tratados de derechos humanos y las fórmulas mediante las que este enfoque consensualista ha sido llevado a cabo en la práctica. A destacar que en este último Capítulo se plantea cómo los Tribunales interpretan los casos donde surgen tres tensiones que el autor refleja convincentemente: la tensión entre Soberanía y Cooperación, entre Universalismo y Regionalismo, y entre Jurisdicciones Internacionales y Constitucionales. El autor dedica un extenso análisis en la Parte III a la otra cara de la moneda del consensualismo, la técnica y método interpretativo del Margen nacional de interpretación.

Las conclusiones de esta obra, que modestamente el autor denomina «Final Considerations», constituyen la prueba palpable de la original labor investigadora desarrollada, donde se exponen las principales conclusiones del recorrido, con el añadido de algunas ideas finales de gran interés. El libro contiene además unos valiosos anexos; como el abultado Anexo de Jurisprudencia y asuntos judiciales citados de numerosos tribunales y órganos internacionales, que refleja el inmenso trabajo base de la investigación.

En conjunto, se trata de una investigación muy personal y valiente, por su ambición tanto teórica como de análisis práctico. El autor transita de Europa a América pasando de un tribunal a otro, de una organización y sistema de protección a otra, en contextos legales y sociales muy diferenciados. En realidad, la obra constata una sólida línea de investigación desarrollada por el autor desde hace años.

También refleja su buen dominio de temas nucleares de Derecho internacional. Así, el estudio está atravesado por cuestiones como la Dialéctica Soberanía/Protección de derechos humanos y el papel ascendente de esta protección en sedes normativas y judiciales internacionales. También por la ya clásica problemática que plantean las Jurisdicciones internacionales a la unidad del Ordenamiento internacional, demostrando el autor cómo categorías tradicionales de Derecho internacional pueden desactivar los peligros de la sectorialización.

El análisis lleva al autor a interesantes planteamientos de *crossfertilization* más allá de los ámbitos jurídicos europeos. Su principal aportación es la demostración del Consensus como elemento esencial utilizado por los Tribunales para determinar la existencia, evolución y alcance práctico de las normas convencionales de derechos humanos, planteando así por tanto la incidencia del consenso en la evolución del ordenamiento. Pero

junto a ello hay otras aportaciones muy relevantes, como ocurre con el «margen nacional de apreciación», que es el lado soberano de la teoría del *consensus*.

De especial interés es la advertencia de peligros del activismo judicial en materia de Derechos humanos (*Human Rightism*) cuando no está verdaderamente basado en un previo consenso general de los Estados respecto a la hipótesis que se plantea en un caso real. En este sentido, la práctica judicial del *overstep* —que implica apartarse del consenso— puede ser de interés para pretensiones políticas de equidad social; pero resulta al cabo perjudicial para el conjunto del ordenamiento, al abrir una falla en las relaciones de subsectores normativos.

Francisco Pascual Vives es desde hace muchos años un reconocido especialista en algunas materias, como derechos humanos o inversiones extranjeras. Su madurez personal, profesional e intelectual aparece con gran evidencia en este libro. Su Maestro, Carlos Jiménez Piernas, ha inculcado en sus discípulos de varias universidades las ideas de seriedad, rigurosidad y amor propio en el desempeño universitario. Estas ideas, así como su insistencia en los análisis prácticos, en detectar y seguir el proceso de formación de normas internacionales, se reflejan ahora en la carrera del universitario brillante que es Francisco Pascual Vives.

A. DEL VALLE GÁLVEZ
Universidad de Cádiz

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.73.2.2021.5.18>

PASTOR PALOMAR, A., *La preparación de las empresas españolas ante el Brexit: claves jurídicas*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, 325 pp.

La obra que presentamos fue escrita y publicada antes de la firma, el 30 de diciembre de 2020, del Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y Reino Unido, objeto de aplicación provisional desde el pasado 1 de enero de 2021. Consecuentemente, toma como marco jurídico el Acuerdo de retirada, en vigor desde el 1 de febrero de 2020, parte de cuyas disposiciones siguen resultando de aplicación tras la expiración del periodo transitorio el 31 de diciembre de 2020, así como el DUE «retenido» en virtud de la *EU Withdrawal Act* de 2018 y de la *Withdrawal Agreement Act* de 2020, aplicable tras el fin de dicho periodo transitorio, y, solo en parte, el Derecho español de contingencia (particularmente el Real Decreto ley 5/2019).

Ciertamente, la celebración del Acuerdo de Comercio y de Cooperación aporta cambios significativos en las relaciones con Reino Unido y, en concreto, en el marco jurídico al que se enfrentan las empresas españolas tras el *Brexit*. Sin embargo,

la lectura de esta monografía resulta de indudable interés para la comprensión de este marco jurídico en el que las dos leyes británicas referidas y el Acuerdo de retirada siguen siendo centrales.

La obra se inicia con una primera parte, titulada «Significado del *Brexit*», en la que se desbroza, en un capítulo único, el marco jurídico creado por el Acuerdo de retirada, tanto durante el periodo transitorio como ulteriormente, y por la *EU Withdrawal Act* y la *Withdrawal Agreement Act*. El análisis abarca las disposiciones del Acuerdo de retirada en materia de gobernanza, comenzando por las referidas a los métodos y principios relativos a su aplicación por las partes (incluidos la afirmación de la posible eficacia directa de sus disposiciones y el posible planteamiento de cuestiones prejudiciales por los tribunales británicos tras el periodo transitorio) y siguiendo con las relativas al funcionamiento de la estructura institucional (el Comité Mixto y los Comités especializados) y a los meca-

nismos de solución de controversias que se contemplan en él. Especial interés me han suscitado las páginas dedicadas al estudio de las dos leyes británicas mencionadas, tanto por lo que se refiere a las disposiciones relativas a la *EU-derived domestic legislation* (Derecho adoptado por Reino Unido en aplicación del DUE no directamente aplicable) y a la *Direct UE legislation* (ya sea «principal» o «menor»), como aquellas que tienen por objeto excluir tras el periodo transitorio el juego de los principios de primacía del DUE y de responsabilidad patrimonial del Estado por los daños derivados de la violación del DUE.

La primera parte de la obra incluye asimismo un epígrafe dedicado a las relaciones futuras entre Reino Unido y la Unión Europea, en la que el autor examina las posiciones de las partes durante las negociaciones del Acuerdo Comercial y de Cooperación finalmente firmado en diciembre de 2020, explica los principales factores que condicionaron dichas negociaciones y dibuja el marco jurídico que hubiera presidido las relaciones entre la Unión Europea y Reino Unido en caso de no haber logrado un acuerdo o de que este hubiera resultado en un acuerdo de mínimos. En ella también se incluye un epígrafe sobre las consecuencias del *Brexit* en relación con Gibraltar, en el que se analiza no solo el Protocolo anexo al Acuerdo de retirada, sino igualmente los cuatro Memoranda de entendimiento celebrados entre España y Reino Unido en noviembre de 2018 y el tratado sobre fiscalidad suscrito en marzo de 2019.

La segunda parte de la obra ofrece un análisis pormenorizado de tres ámbitos sectoriales. El primero de estos ámbitos —al que se consagra el Cap. 2— se refiere a la regulación recogida en la Parte II del Acuerdo de retirada en relación con los derechos de los ciudadanos tras el periodo transitorio, tanto por lo que se refiere a los derechos de residencia como de trabajo y de seguridad social. El detallado estudio abarca, además del conjunto de

disposiciones contenidas en los arts. 9 a 39 del Acuerdo de retirada, las normas británicas de incorporación de dichas disposiciones al Derecho interno y las medidas relativas a la expedición de documentos de residencia adoptadas tanto por Reino Unido como por la Unión Europea y por España.

El Capítulo 2 se cierra con un interesante repaso de las disposiciones del Acuerdo de retirada en materia de propiedad intelectual (arts. 54 a 61) —que parten del principio según el cual el titular de derechos de propiedad intelectual que hayan sido registrados u otorgados antes del final del periodo transitorio se convertirá titular de un derecho equivalente de propiedad intelectual registrado y exigible en Reino Unido con arreglo a su Derecho interno— y en materia de protección de datos (arts. 70 a 74), disposiciones —unas y otras— que debemos acompañar con las contenidas en el Acuerdo Comercial y de Cooperación.

El segundo ámbito, al que la obra dedica el Capítulo 3 —el más extenso—, es el de la contratación, privada y pública. Por lo que se refiere a la contratación privada, tras identificar los contratos que pueden verse afectados por el *Brexit*, se analiza la posible incidencia que la salida de Reino Unido pudiera tener en el equilibrio contractual, en las prestaciones básicas de las partes e incluso en la viabilidad de algunos contratos, sugiriendo la inclusión de cláusulas *Brexit* en la redacción o modificación de contratos. Por otra parte, el autor se detiene en el análisis de las normas aplicables —convencionales, europeas y británicas— en materia de competencia judicial internacional, de Derecho aplicable y de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras.

El tercer y último capítulo se refiere a los cambios administrativos y regulatorios a los que se enfrentan las empresas tras el *Brexit*, tanto por lo que se refiere al comercio de bienes, como al comercio de servicios, a los servicios de transporte y a la constitución, reconocimiento y ad-

ministración de sociedades mercantiles. Cambios administrativos y regulatorios a los que no resulta tampoco ajeno el Acuerdo de Comercio y de Cooperación.

En suma, el libro aborda una multiplicidad de cuestiones que sin duda interesan a las empresas españolas, pero no solo a ellas. Y lo hace con valentía al

afrentarlas desde un enfoque plenamente interdisciplinar —no por inevitable menos arduo— y manejando con profundidad y rigor todo el conjunto de fuentes disponibles.

J. Díez-Hochleitner

Universidad Autónoma de Madrid

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.73.2.2021.5.19>

PÉREZ DE ARMIÑO, K. y ZIRION LANDALUZE, I. (coords.), *Pax Crítica. Aportes teóricos a las perspectivas de paz posliberal*, Madrid, Tecnos-HEGOA, 2020, 472 pp.

Transcurridos casi veinte años desde los atentados del 11-S y el inicio de la denominada como «Guerra Global contra el Terror», una dinámica de «macroseguritización» que ha tenido hondas implicaciones en las legislaciones de distintos países a escala internacional y sus presupuestos, parece oportuno interrogarse y reflexionar sobre el impacto que ha tenido esta, y si se ha avanzado en mayores niveles de convivencia como humanidad. Entre las muchas secuelas que ha tenido dicho evento y sus posteriores reacciones puede citarse la progresiva erosión de la noción de paz. Mientras se ha registrado una amplia bibliografía sobre el concepto de seguridad y terrorismo, incluso desde visiones críticas, la «paz», con contadas y meritorias excepciones, se ha visto en buena medida eclipsada, al operar una priorización en la agenda no solo pública/política sino también académica de la ontología de esta «macroseguritización».

Por ello, para todos aquellos interesados en la aproximación a la paz en toda su complejidad, es un motivo de celebración la publicación gracias a la coordinación de Karlos Pérez de Armiño e Iker Zirion Landaluze de *Pax Crítica. Aportes teóricos a las perspectivas de paz posliberal*. En este trabajo colectivo, ambos investigadores de HEGOA —Instituto de Estudios sobre el Desarrollo y Cooperación Internacional de la Universidad del País Vasco— han reunido un equipo mul-

tidisciplinar compuesto por ellos y otros 11 investigadores. La finalidad de la obra, como exponen sus propios coordinadores, es «sintetizar, analizar y difundir las diversas formulaciones críticas y alternativas que pueden contribuir a la conceptualización de la paz y la implementación de la construcción de paz». Por ello, con este trabajo exploran algunos de los principales debates en el campo de los Estudios de Paz, tratando además de trascender la esfera académica y difundirlos a un público amplio.

Una premisa básica de la que se parte es aquella que considera el conflicto como algo inherente a la vida social, e incluso como un catalizador del cambio social. Por ello, la finalidad no debe ser resolver dicho conflicto, sino transformarlo para que se dirima por medios pacíficos en lugar de por medios violentos. Siguiendo la estela de contribuciones seminales en el campo de la Investigación para la Paz, como la de Johan Galtung o Paul Lederach, a lo largo de sus páginas tratan de problematizar la paz, sugerir su complejidad como proceso siempre cambiante e inacabado, y poner en evidencia que existen múltiples formas de imaginarla y perseguirla de acuerdo con lo que se denomina como «paz posliberal».

En ese sentido, como se explicita en distintos capítulos de la obra, como por ejemplo el Capítulo 2 cuya autoría corresponde a Óscar Mateos, Profesor de la

Universidad Ramón Llull, desde el final de la Guerra Fría ha predominado una corriente hegemónica sobre la construcción de paz que se suele categorizar como «paz liberal», criticada desde visiones heterodoxas por su carácter complaciente y cómplice con el *statu quo*. Dicha crítica ha ido generando una serie de debates que, a su vez, ha articulado una «segunda generación de críticas» al modelo de paz liberal. Estas pueden agruparse tanto por los resultados que ha obtenido el enfoque ortodoxo de paz liberal —exacerbación de tensiones, ausencia de cambios estructurales, privilegiando las prioridades económicas respecto a otras dimensiones como la social, etc.—, como por la viabilidad y legitimidad de su propuesta —invisibilización de lo local y falta de apropiación, entre otras—: o las agendas y el poder que subyace a sus postulados (reproduciendo la hegemonía occidental y expresiones de neocolonialismo, entre otras).

Así, a lo largo de las distintas contribuciones que nutren *Pax Crítica*, se profundiza desde una diversidad de perspectivas críticas algunas aproximaciones posliberales a la paz, cuestionando el modelo de hegemónico al mismo tiempo que se exploran alternativas en clave normativa y transformadora. Entre ellas, se cuenta con abordajes que se adentran en los retos en clave espacial, desde ese énfasis en el «giro local» y una mirada territorial (como los Caps. 4 y 5); el feminismo y las nuevas masculinidades (Caps. 8 y 9); el ecologismo (Caps. 11 y 12); la no violencia (Caps. 6 y 7) y la praxis participativa (Cap. 13).

Mientras todas estas miradas permiten comprender la riqueza y heterogeneidad de perspectivas que nutren las aproximaciones «posliberales» a la paz, no puede dejar de mencionarse el trabajo de Vicente Martínez Guzmán, referente de la Investigación para la Paz desde la Cátedra UNESCO de Filosofía de la Paz de la Universitat Jaume I de Castellón, y autor del capítulo tercero en el que se recoge uno de sus últimos textos en vida. Desde la teoría crítica y el posestructuralismo para «descolonizar las mentes», y en aras de hacer las paces desde la interculturalidad, Martínez Guzmán despliega una variedad de saberes desde el pensamiento feminista, la teoría decolonial, la Investigación para la Paz, los estudios del desarrollo, las Relaciones Internacionales y los estudios de seguridad, que aspira a transformar por medios pacíficos y desde los cuidados, nuestras capacidades de hacer daño.

Sin lugar a duda, no hay mejor homenaje para Vicente Martínez Guzmán, así como para toda una generación de hombres y mujeres que han reflexionado y practicado la paz que ver publicadas obras como *Pax Crítica*. No solo porque dan continuidad al legado intelectual y ético que fueron diseminando, sino porque sigue sembrando reflexión desde los márgenes y poniendo en el centro un concepto nuclear para la emancipación: la paz.

F. J. VERDES-MONTENEGRO
Fundación Carolina

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.73.2.2021.5.20>

REMI NJIKI, M., *El Estatuto Jurídico de los nacionales de África, Caribe y Pacífico (ACP) en la Unión Europea*, Madrid, Reus, 2019, 343 pp.

No cabría comenzar la presentación de la monografía del Doctor Michel Remi Njiki, que tenemos el placer de reseñar, sin la expresa mención de que la misma ha obtenido el XIII Premio Andaluz de Investigación sobre Integración Europea,

de 2019, concedido en la Universidad de Granada por la Red de Información Europea de Andalucía. Ello no hace más que constatar con rigor el valor científico y la pertinencia jurídica de esta obra en el ámbito del Derecho europeo. La obra

del Doctor Remi nace del fruto de una larga carrera investigadora, que vio la luz con la defensa de su Tesis doctoral bajo la brillante dirección del Doctor Alejandro del Valle Gálvez, obteniendo la mención Cum Laude por unanimidad.

El objetivo de esta obra consiste en estudiar y sistematizar el estatuto jurídico de los nacionales de países de África, Caribe y Pacífico (ACP) dentro del DUE en materia de extranjería, teniendo en cuenta la consideración de competencia compartida entre la Unión Europea y los Estados miembros y, por ende, la existencia de regímenes bilaterales que conviven con las normas europeas a este respecto. El autor aborda al completo la cuestión del estatuto jurídico de los nacionales de países ACP en la Unión Europea desde tres dimensiones diferenciadas, pero indudablemente interrelacionadas, convertidas en tres partes fundamentales de esta obra. La primera parte aborda los acuerdos de los Estados ACP con la Unión Europea; la segunda parte estudia el régimen jurídico de la entrada y la residencia de los nacionales de los Estados ACP; y la última parte está dedicada al tratamiento de la residencia irregular en el territorio de los Estados miembros de la Unión Europea.

La primera parte se dedica en puridad al marco jurídico y al desarrollo de los Acuerdos ACP-UE, desde los acuerdos de Yaundé y de Lomé. En ella se aborda la naturaleza jurídica de esos Acuerdos en el marco del Derecho europeo, «escalón básico de la definición del estatuto de los nacionales de Estados ACP en la Unión Europea», y de su capacidad de crear derechos subjetivos para los nacionales de países ACP. A juicio del Doctor Remi, no se puede apreciar en esos acuerdos una voluntad de conceder a los nacionales de países ACP un derecho subjetivo general a la libre circulación de personas similar al de los nacionales de los Estados miembros, sino tan solo igualar a la baja los derechos de los trabajadores ACP al de los trabajadores nacionales de los Esta-

dos miembros en materia de condiciones de trabajo, remuneración y despido. Más interesante es, si cabe, el examen que se realiza sobre el principio de no discriminación en DUE, en la jurisprudencia europea y en la normativa ACP, para concluir que el principio de no discriminación del art. 13.3 del Acuerdo de Cotonú otorga una protección más extensiva para los trabajadores de países ACP que el que se incluye para otros nacionales en DUE.

La segunda parte de esta monografía profundiza en la entrada y residencia de los nacionales ACP en la Unión Europea, desde la aplicación del acervo Schengen en materia de cruce de fronteras exteriores de la Unión Europea y visados, así como la posterior integración, la reagrupación familiar y los derechos laborales derivados de la condición de trabajador nacional de países ACP. En materia de entrada y de políticas de integración, el nacional del Estado ACP comparte el mismo estatuto jurídico que cualquier nacional de otro tercer país ordinario; al igual que en materia de seguridad social. Más problemático es el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar de los nacionales de los Estados ACP en la Unión Europea, ya que no existe un derecho de entrada en el territorio de un Estado miembro para la reagrupación familiar. Por otro lado, el régimen de residencia de larga duración, mejorado para los nacionales de terceros países en general, beneficia de igual forma al de los nacionales ACP. En el caso de figuras como es el caso de los trabajadores altamente cualificados, investigadores y estudiantes de los Estados ACP, la cláusula de no discriminación hacia los trabajadores en virtud del art. 13.3 del Acuerdo de Cotonú, da un estatuto mucho más protegido para los trabajadores de países ACP que el derecho derivado para los nacionales de terceros países de forma general.

La obra incluye un tercer bloque dedicado a la residencia irregular de los

nacionales ACP. Aquí el autor analiza la situación irregular del nacional ACP dentro de un marco jurídico disperso y sectorializado que eficazmente sistematiza. En este contexto se abordan tanto los actos legislativos relevantes relacionados con la residencia irregular y el empleo irregular, así como el retorno en DUE y las cláusulas de readmisión del acuerdo ACP-UE. El régimen del Acuerdo de Cotonú no permite una expulsión efectiva de los nacionales de los Estados ACP en situación irregular, sino que precisa de un acuerdo de carácter bilateral posterior.

En definitiva, no cabe duda del interés y la relevancia científica y jurídica que tiene la presente monografía del Doctor Remi, en tanto en cuanto que casa con sumo rigor las particularidades del estatuto de los nacionales de países ACP en DUE y en los acuerdos bilaterales adoptados por Estados miembros de la Unión Europea. Es indudable la relevancia actual de los resultados que aporta esta obra, en un contexto en el que la inmigración se ha constituido como un

componente estructural de la realidad política europea tras la llamada crisis de refugiados. Particularmente, cuando se puede constatar un interés acrecentado por la creación de acuerdos entre la Unión Europea y sus Estados miembros con terceros países en materia de inmigración y control de fronteras, que conllevan una flexibilización del estatuto jurídico más abierto y generoso para con sus nacionales cuando estos terceros Estados se comprometen a reforzar sus controles fronterizos y a gestionar la inmigración irregular desde su territorio. Esto provoca que exista una amalgama de acuerdos de asociación y de cooperación con terceros países que promueven la coexistencia de diferentes estatutos jurídicos para sus nacionales. En este contexto, la obra del Doctor Michel Remi constituye una importante referencia del marco jurídico general aplicable a los nacionales de muchos Estados ACP.

L. CALVO MARISCAL
Universidad de Cádiz

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.73.2.2021.5.21>

SABIDO RODRÍGUEZ, M., *Régimen jurídico de los contratos turísticos internacionales: la protección del turista-consumidor*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, 203 pp.

De manera coherente con el título de la obra, la monografía se presenta como una herramienta útil para conocer el actual régimen jurídico de la contratación turística internacional, abarcando las normas reguladoras y jurisprudencia más relevante en relación con los contratos más habituales en este sector. Un régimen jurídico que, en opinión de la autora, se articula a partir de la tutela del turista-consumidor como parte débil de la contratación.

Esta orientación de la obra se corresponde con su estructura, dividida en seis capítulos. El primero, centrado en una descripción de las líneas básicas del con-

texto social y económico en el que se desarrolla el actual comercio de productos y servicios turísticos.

El Capítulo II describe las fuentes de regulación, haciendo especial mención a la transversalidad normativa del sector turístico, lo cual conlleva a la dispersión y pluralidad normativa.

El Capítulo III presenta el estatuto jurídico de los sujetos que intervienen en la contratación turística internacional, esto es, el empresario turístico y el turista, como usuario de servicios y productos turísticos.

Los capítulos descritos hasta el momento son necesarios para llegar a los

Capítulos IV y V, puntos fuertes del libro, en los que la autora se adentra en el estudio de los principales contratos del sector turístico. El Capítulo IV se inicia con un análisis sobre los contratos interempresariales y su ordenación en el Derecho internacional privado. Se analizan, si bien de forma breve, cuestiones relativas a la determinación de la competencia judicial internacional y la designación del ordenamiento jurídico aplicable.

Tras ese análisis más general, la autora se centra en el análisis de dos tipos de contratos: el contrato de viaje combinado y el contrato de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico. Para ambos tipos de contratos se realiza el análisis de las respectivas ordenaciones sustantivas españolas para posteriormente adentrarse en la regulación jurídico-privada internacional. Así, la autora realiza un análisis del régimen de competencia judicial internacional y de Derecho aplicable, lo cual ofrece una visión completa del régimen internacional privatista de dichos contratos. Quizá se echa en falta ahondar en algunas cuestiones colaterales que, sin duda alguna, influyen en el régimen internacional privatista, como puede ser la diferenciación entre el concepto de *viajero*, utilizado por la Directiva (UE) 2015/2302 sobre viajes combinados y servicios de viajes vinculados, y el concepto autónomo de *consumidor* del Reglamento Bruselas I bis y el Reglamento Roma I. Sin embargo, se justifica en la amplitud de estudio de la obra, lo que no resta calidad en el resultado.

Por su parte, el Capítulo V se centra en el estudio del contrato internacional de transporte de personas, atendiendo también al derecho sustantivo, así como a los aspectos de Derecho internacional privado que se presentan, tales como la competencia judicial internacional y la designación del Derecho aplicable.

Finalmente, la autora se sirve del Capítulo VI para reflexionar sobre los sistemas de resolución extrajudicial de conflictos tan necesarios para garantizar la tutela del turista/consumidor. Se hace especial mención a la resolución de litigios en línea instaurada en Europa a través del Reglamento (UE) 524/2013, así como al sistema instaurado en el ordenamiento jurídico español.

El carácter completo del estudio reseñado se refleja en la jurisprudencia aportada en los problemas tratados, tanto nacional como europea, lo que ofrece una visión práctica que ayuda a comprender mejor los temas tratados. Con todo ello, nos encontramos con un análisis coherente del régimen jurídico de los contratos turísticos internacionales, enriquecido en muchas ocasiones con referencias a la situación en la Comunidad Autónoma de Extremadura, lo cual ayuda a concretar el complejo marco jurídico que envuelve dichos contratos. Con ello, la autora ofrece un análisis jurídico privado de la contratación turística internacional junto con el análisis de cuestiones de Derecho público, que sin duda enriquece el estudio. Un enfoque original y necesario cuando se trabaja en el ámbito turístico, que por mandato constitucional delega la competencia ejecutiva a las comunidades autónomas.

Cabe poner de relieve que la monografía de Mercedes Sabido Rodríguez constituye una valiosa aportación en el ámbito del llamado «Derecho del Turismo» pues enriquece el análisis del marco jurídico de los principales contratos turísticos. No podemos olvidar que España es un país turístico, por lo que la identificación de los problemas que se presentan en la contratación turística internacional es muy acertada.

S. FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR
Universidad de las Islas Baleares
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.73.2.2021.5.22>

SÁNCHEZ FRÍAS, A., *Las obligaciones de cooperación penal de los Estados en la acción contra el terrorismo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, 445 pp.

La publicación de una monografía a partir de una tesis doctoral es siempre motivo de alegría para la comunidad académica. Y, cuando el libro resultante supone una aportación al conocimiento y al desarrollo de la disciplina desde una temática actual y compleja, la satisfacción se acrecienta. Este es el caso, sin duda.

La obra del Profesor Sánchez Frías tiene una buena construcción sistemática sobre la base del tándem obligaciones convencionales y obligaciones no convencionales en relación con la cooperación penal contra el terrorismo. Este cuerpo principal viene precedido de dos capítulos introductorios (Parte I), sobre los que se sustenta la obra. Analiza tanto las formas de cooperación (Cap. I, pp. 33-53) como el equilibrio entre derecho y política en la gestación normativa en la materia (Cap. II, pp. 55-95). Con espíritu crítico constructivo, al analizar las formas de cooperación (para el autor, los principios de jurisdicción, la asistencia legal mutua y la extradición), echamos en falta una referencia a la tipificación internacional como forma de cooperación. Sin haber alcanzado el pretendido ideal de la Convención de 1937 de definir el terrorismo de manera unívoca y general (pp. 68-69), gran parte de los convenios presentados en la Parte II de la obra incluyen tipificaciones parciales comunes, que los Estados deben asumir en sus ordenamientos internos.

En esta parte «convencional», existe un cierto desequilibrio en la extensión de los diversos capítulos dedicados a Naciones Unidas (Cap. III, pp. 99-169) y al Consejo de Europa (Cap. IV, pp. 171-208). Ello no obstante viene plenamente justificado por los resultados normativos acometidos en uno y otro foro. Valga decir que el autor al referirse genéricamente a «el marco de Naciones Unidas» con-

templa el «sistema de Naciones Unidas» y no exclusivamente la Organización de las Naciones Unidas, por lo que junto a convenios como el reciente de Beijing de 2010 adoptado en el seno de la ONU, añade los adoptados con anterioridad por la OACI y la OMI. Sin duda, la obra estaría más completa desde la perspectiva de los esfuerzos regionales con la inclusión y examen de los convenios adoptados en el marco de la Organización de Estados Americanos en 1971 y 2002, respectivamente, en vigor hoy.

En relación con las obligaciones no convencionales (Parte III), el concepto manejado es amplio e incluye el estudio de normas de *soft law*, *hard law*, y decisiones singulares (jurídicamente vinculantes, aunque no creadoras de normas *per se*). En el Capítulo V (pp. 211-267) el autor se centra en las resoluciones y declaraciones de la Asamblea General y el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y de la Asamblea Parlamentaria y el Comité de Ministros del Consejo de Europa. En el Capítulo VI (pp. 269-315) aborda el derecho derivado de la Unión Europea, tanto en lo relativo a la cooperación como a la tipificación, para concluir en el Capítulo VI (pp. 317-349) con un análisis de las normas consuetudinarias internacionales sobre la base de la *opinio juris*, consolidada a través de todos los documentos previamente analizados, incluyendo también los convencionales en ese análisis.

Si bien existen diversas posturas metodológicas sobre cómo organizar el tratamiento y la presentación al lector de la materia, el Profesor Sánchez Frías justifica en su Introducción (pp. 25-29) esta sistemática de análisis entre las alternativas posibles. La estructura escogida hace de la obra una guía de consulta muy rápida en relación con las diversas categorías normativas manejadas. Toda elección con-

lleva siempre un sacrificio, en este caso, relacionado con el examen global del «contenido de las obligaciones» de las que la obra trata. El autor sabe salvar la necesidad de un examen de conjunto aprovechando para ello tanto el capítulo dedicado a las normas consuetudinarias como las conclusiones del libro. No obstante, dada la enjundia del trabajo acometido sobre las fuentes, las citadas páginas (en concreto, pp. 333-363) dejan al lector a la expectativa de mayor análisis. Sin duda, el autor ha puesto los cimientos de futuras aportaciones en la materia.

Para concluir, la bibliografía, fuentes y referencias documentales de la obra (pp. 367-445) representan en sí una aportación muy significativa. Todo ánimo de exhaustividad debe ser desterrado en tiempos de acceso virtual a registros y bibliotecas. Por ello, una bibliografía debe juzgarse desde dos parámetros: el uso que se hace de la misma, de un lado, y la calidad de la selección y presentación, de otro. El autor es escrupuloso en el manejo de la bibliografía a lo largo de la obra. En su recopilación final el autor ha invertido un celo —y no dudamos que tiempo— inestimable. Ha optado por estructurar la bibliografía y documen-

tación de forma detallada (13 categorías en bibliografía, 6 en fuentes y 3 en otros documentos oficiales, y algunas de ellas con subapartados). Ello mismo la expone a críticas, como la propia dificultad de delimitar y ordenar las categorías usadas o la falta de coherencia al combinar criterios temáticos (por ejemplo, «Valores y derechos fundamentales» o «Terrorismo») y normativos («Derecho internacional» y «Derecho europeo»). Más allá de la crítica —siempre más fácil y rápida que la elaboración—, esta parte de la obra puede ser empleada de manera autónoma, lo cual es un valor añadido.

Teniendo en cuenta el impacto del terrorismo internacional especialmente tras 2001, así como los cambios en las normas e instituciones en estas tres últimas décadas, el libro del Profesor Sánchez Frías revitaliza y estructura un buen número de aportes singulares posteriores a los trabajos del Centro de Investigación de la Academia de La Haya de 1988, sesión dedicada al terrorismo bajo la dirección de los Profesores Frowein y Carrillo Salcedo.

E. W. PETIT DE GABRIEL
Universidad de Sevilla

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.73.2.2021.5.23>

SANTOS VARA, J., *La dimensión exterior de las políticas de inmigración de la Unión Europea en tiempos de crisis*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, 157 pp.

Juan Santos nos presenta una interesante monografía sobre la progresiva *informalización* y *externalización* de la cooperación migratoria de la Unión Europea con terceros Estados. Las políticas de la Unión Europea y sus Estados miembros tienen desde hace tiempo una creciente aproximación global (GAM-2005 y GAMM, 2011) con países de origen y tránsito de las personas migrantes para, a través de dicha colaboración, cumplir mejor sus objetivos de control integrado de la frontera europea y gestión de las migraciones hacia la Unión Europea.

Ocurre que dicha dimensión exterior está marcada, cada vez más, por dos características: la externalización y la informalización. Se externaliza la citada dimensión cuando se trasladan responsabilidades europeas de control y gestión migratorias a los Estados terceros, acordando con ellos incentivos positivos si son eficaces a tales efectos y negativos si no lo son; pero, además, esa dimensión exterior de la política migratoria ha entrado, decidida y progresivamente, por una senda de informalización. La suma de estas dos características plantea pro-

blemas jurídicos y políticos: la informalización podría soslayar principios del DUE como el equilibrio institucional y la cooperación leal, y la externalización no parece proporcionar garantías suficientes sobre la protección debida de los derechos fundamentales de las personas; entre ellos, su derecho a solicitar protección internacional y a recibir una tutela judicial efectiva.

La obra se divide en cuatro capítulos precedidos de una introducción y seguidos de las oportunas conclusiones y listados de bibliografía, documentación y jurisprudencia citados. Los dos primeros capítulos explican el camino de progresiva informalización y externalización de la colaboración migratoria de la Unión Europea con terceros Estados. El tercero se consagra a la Declaración Unión Europea-Turquía de 2016 y, el último, trata sobre la delegación de funciones que progresivamente va adquiriendo la Agencia Frontex (GECF).

En el Capítulo I se expone que la informalización de la cooperación con Estados terceros se produce en ocasiones al margen del ordenamiento jurídico de la Unión Europea —como en el supuesto de la Declaración EU-Turquía— y otras veces dentro del DUE, pero a través de acuerdos informales que pretenden eludir controles democráticos y formalidades con el fin de ganar en flexibilidad y eficacia —*i. e.*, en el Marco de Asociación con terceros países en materia migratoria de 2016—. Los Pactos *a medida* con países considerados prioritarios, que son el elemento clave del citado Marco de Asociación de 2016, combinan diferentes arreglos informales sin efecto jurídico vinculante y condicionan la cooperación económica de la Unión Europea con dichos Estados terceros a que colaboren con el control remoto de la frontera europea y con la readmisión de migrantes. Se repasan otros ejemplos de instrumentos informales de la dimensión exterior de las políticas de migración como el *Join Way Forward* con Afganistán de 2016 y

los *Standard Operating Procedures* (Sops, 2017).

En el Capítulo II se recuerda que la denominada externalización, que empezó con la restricción de la política de visados o las sanciones a las compañías aéreas, tras la denominada Crisis de los refugiados de 2015 continuó con la adopción de acuerdos informales con Estados terceros para lograr tanto *la no salida* de migrantes desde esos países como, en su caso, la readmisión de quienes lograran su propósito. El último pretendido desarrollo de la externalización tiene lugar en el Consejo Europeo de 28 y 29 junio de 2018, con la propuesta —afortunadamente aún no adoptada— de creación de Plataformas regionales de desembarco.

Sobre la responsabilidad de los Estados miembros en la externalización contamos con los estándares que el TEDH ha marcado —desde Loizidou en 1995 hasta Hirsi en 2012— y que han llevado a Italia, por ejemplo, a mantener con firmeza que ya no devuelve a Libia a las personas rescatadas por buques italianos —aunque se ocupa de que lo hagan buques libios con sus medios, su ayuda y la de la Unión Europea—. ¿Qué responsabilidad tendría Italia (o, en su caso, la Unión Europea) por ser cooperador necesario en hipotéticas violaciones de derechos fundamentales de las personas por parte de Libia? El TEDH tiene pendiente un caso en el que un grupo de ONG entienden que Italia debe responder por una operación de *pull back* de un buque libio donado por Italia (en el seno del MoU Italia-Libia de 2017), y con tripulación formada por la operación Sophia.

En el Capítulo III se analiza la posición del Tribunal General que entiende que la Declaración Unión Europea-Turquía no es un acto de la Unión Europea sino de los Estados, siendo así que no solo el contexto sino también el texto parece indicar lo contrario. Interesante, también, la discusión acerca del carácter jurídicamente vinculante (o no) de

la Declaración recordándose al respecto las reiteradas posturas del TJUE y de la CIJ en las que se mantiene que un instrumento internacional es un tratado si la intención de las partes fue crear derechos y obligaciones mutuas sin importar su forma ni denominación.

En el último capítulo se reflexiona sobre el control extraterritorial de la migración y, en concreto, sobre la delegación de funciones a la Guardia europea de frontera y costas (GEFC). Especial interés suscita la discusión sobre las operaciones de la Agencia en terceros Estados y de cómo, en su caso, se controla el incumplimiento de los estándares de respeto a los derechos fundamentales. Aunque ya el Reglamento de 2016 introdujo el mecanismo de denuncias individuales para mejor controlar el respeto a los de-

rechos fundamentales en las actividades de la Agencia, en todo caso es un mecanismo administrativo que en opinión del autor no asume el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 47 de la CDFUE. Finalmente, el autor traslada su preocupación en torno a la aplicación del principio de no-devolución, pues, aunque el Reglamento 2014/656 introdujo normas precisas al respecto, estas no abarcan los actos realizados en aguas o territorio de un tercer país.

Muchas otras inteligentes dudas y, en ocasiones, perplejidades van apareciendo a lo largo de las páginas de esta obra, cuya lectura recomiendo vivamente.

C. GORTÁZAR ROTAECHE
Universidad Pontificia Comillas
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.73.2.2021.5.24>



REGLAS EDITORIALES

Las personas interesadas en enviar trabajos a la *REDI* pueden consultar las instrucciones en <http://www.revista-redi.es/es/envio-de-trabajos/>.

Las líneas de investigación actualizadas están publicadas en <http://www.revista-redi.es/es/lineas-de-investigacion/>.

Las normas de estilo se encuentran en <http://www.revista-redi.es/wp-content/uploads/2021/01/Normas-estilo-REDI-Enero-2021.pdf>.

Note to contributors: the editorial rules and guidelines are published under <http://www.revista-redi.es/en/>.

Note aux auteurs: les règles de style, ainsi que les lignes éditoriales de la Revue, se trouvent ici: <http://www.revista-redi.es/en/>.

