

REVISTA ESPAÑOLA
DE
DERECHO INTERNACIONAL

REVISTA ESPAÑOLA
DE
DERECHO
INTERNACIONAL

VOLUMEN 73
2021, NÚM. 1
ENERO-JUNIO

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 su renovación en 2020.



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 LLORENS
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.
Editorial. DESANTES REAL, M., <i>El Derecho internacional privado y la Unión Europea: reflexiones en torno al legado del Profesor José Luis Iglesias Buhigues</i>	13
— International private law and the European Union: Thoughts on the legacy of Professor José Luis Iglesias Buhigues	

I. ESTUDIOS/STUDIES

ARREDONDO, R., <i>Diplomacia, espionaje y orden mundial: el cierre de consulados de China y Estados Unidos</i>	35
— Diplomacy, espionage and world order: The closure of consular offices of China and the United States	
CAMPO COMBA, M., <i>Derecho internacional privado europeo y aplicación de las directivas europeas protectoras de la parte contractual débil</i>	57
— EU private international law and application of EU directives protecting weaker contracting parties	
DE CASTRO RUANO, J. L., <i>Buscando un nuevo modelo más satisfactorio de inserción de las regiones constitucionales en la Unión Europea. La oportunidad de la Conferencia sobre el futuro de Europa</i>	83
— Seeking a new more satisfactory model for the insertion of Constitutional Regions in the EU. The opportunity of the Conference on the Future of Europe	
FARAMIÑÁN GILBERT, J. M. DE, <i>Nuevas propuestas para el desarrollo sostenible en el espacio ultraterrestre</i>	111
— New proposals for sustainable development in the outer space	
LÓPEZ BELLOSO, M., <i>Nuevas tecnologías para la promoción y defensa de los derechos humanos</i>	137
— New technologies for the promotion and defense of human rights	
LOYO CABEZUDO, J., <i>La llave del «interés de la justicia» en el Estatuto de Roma: su controvertido empleo en el caso de Afganistán</i>	165
— The «interests of justice» as a key in the Rome Statute: Its controversial use in the case of Afghanistan	
MORENO RODRÍGUEZ, J. A., <i>La nueva guía de la Organización de Estados Americanos y el derecho aplicable a los contratos internacionales (Parte I)</i>	187
— The new guide of the Organization of American States and the law applicable to international commercial contracts (part I)	
PEZZANO, L., <i>Rescatando una norma del olvido: el art. VIII de la Convención contra el genocidio y la responsabilidad de proteger</i>	207
— Rescuing a norm from oblivion: art. VIII of the Genocide Convention and the Responsibility To Protect	
SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, S., <i>El Convenio de La Haya de reconocimiento y ejecución de sentencias: arquitectura y algunos problemas seleccionados</i>	233
— The Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments: Architecture and some selected issues	

	Pág.
SÁNCHEZ RAMOS, B., <i>Intercambio de patógenos, salud pública y Protocolo de Nagoya: oportunidades y desafíos</i>	253
— Pathogens sharing, public health and the Nagoya Protocol: opportunities and challenges	
TRUJILLO DEL ARCO, A., <i>El combate de facto contra la trata de personas en España y la responsabilidad internacional del Estado</i>	277
— The <i>de facto</i> fight against human trafficking in Spain and the international responsibility of the State	

II. FOROS/FORA

EMPRESAS, DERECHOS HUMANOS Y LA COVID-19/ CORPORATIONS, HUMAN RIGHTS AND COVID-19

ABAD, M., GARDEÑES SANTIAGO, M. y GRASA HERNÁNDEZ, R., <i>Nota introductoria: empresas, derechos humanos y la covid-19</i>	297
— Introductory note: Corporations, human rights and covid-19	

RELACIONES INTERNACIONALES/INTERNATIONAL RELATIONS

BORDIGNON, M., <i>Empresas, derechos humanos y la covid-19: el papel del Estado y la cooperación internacional en tiempos de crisis. Un enfoque sobre Italia</i>	301
— Corporations, human rights and covid-19: The role of the State and international cooperation in times of crisis. A perspective on Italy	
CHURRUCA MUGURUZA, C., <i>Empresas, derechos humanos y la covid-19: una oportunidad para promover la gobernanza global</i>	309
— Corporations, human rights and covid-19: An opportunity to promote global governance	

DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO/PUBLIC INTERNATIONAL LAW

BRIGHT, C., BUENO, N. y PIETROPAOLI, I., <i>Empresas, derechos humanos y la covid-19: el deber del Estado de proteger la salud laboral y el empleo</i>	319
— Corporations, human rights and covid-19: The duty of the State to protect workers' health and employment	
MÁRQUEZ CARRASCO, C. e IGLESIAS MÁRQUEZ, D., <i>Empresas, derechos humanos y la covid-19: la conducta empresarial responsable en la nueva normalidad</i>	329
— Corporations, human rights and covid-19: The responsible corporate behaviour in the new normality	

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO/PRIVATE INTERNATIONAL LAW

DIAGO DIAGO, M. P., <i>Violación de derechos humanos en las cadenas de suministro en tiempos de pandemia: reacciones de Derecho internacional privado y diligencia debida</i>	337
— Human rights violations in supply chains in times of pandemic: reactions to private international law and due diligence	

	Pág.
ZAMORA CABOT, F. J. y MARULLO, M. C., <i>Empresas y derechos humanos bajo la pandemia: enfoque desde el Derecho internacional privado, general y sectores escogidos</i>	345
— Corporations and human rights under the pandemic: Perspective from private international law (general and selected industries)	

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

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

VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, B., <i>La STS (Sala Especial) 1/2020, de 12 de febrero: ¿es el recurso de revisión una vía útil para dotar de efectividad a los dictámenes adoptados por los Comités de Derechos Humanos?</i>	353
— The Spanish Supreme Court Sentence of 12th February 2020: Is the judicial review a useful path to improve the effectiveness of advisory opinions adopted by Committees of Humans Rights?	

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

RIPOLL SOLER, A., <i>La aplicación notarial del derecho extranjero</i>	361
— The notarial enforcement of foreign law	

IV. BIBLIOGRAFÍA/BIBLIOGRAPHY

RECENSIONES/BOOK REVIEWS

ANTÓN JUÁREZ, I., <i>Acuerdos Prematrimoniales Internacionales</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, 292 pp., por M. D. Cervilla Garzón.....	369
BLANC ALTEMIR, A. (dir.), <i>La Unión Europea, promotora del libre comercio. Análisis e impacto de los principales Acuerdos comerciales</i> , Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, 395 pp., por S. Salinas Alcega.....	370
CERVELL HORTAL, M. J. (dir.), <i>Nuevas tecnologías en el uso de la fuerza: drones, armas autónomas y ciberespacio</i> , Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, 341 pp., por L. Pérez-Prat Durbán	372
CORTÉS MARTÍN, J. M. y RUIZ YAMUZA, F. G. (coords.), <i>Retos actuales de la cooperación penal en la Unión Europea</i> , Madrid, Dykinson, 2020, 366 pp., por J. Urbaneja Cillán.....	374
DRNAS DE CLÉMENT, Z., <i>Los paradigmas ideológicos y la concepción del Derecho internacional</i> , Córdoba, Advocatus, 2020, 172 pp. (https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/06/LOS-PARADIGMAS-IDEOL%C3%93GICOS-drnas-de-clement.pdf), por L. del Castillo de La-borde	376
ESPLUGUES MOTA, C. (ed.), <i>Tratado de Arbitraje Comercial Interno e Internacional en Iberoamérica</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, 639 pp., por M. Gómez Jene	377

	Pág.
ESPLUGUES MOTA, C. (ed.), <i>Tratado de inversiones extranjeras y arbitraje de inversiones en Iberoamérica</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, por K. Fach Gómez.....	379
FORCADA MIRANDA, F. J., <i>Comentarios prácticos al Reglamento (UE) 2019/1111. Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores</i> , Editorial Jurídica Sepin, Madrid, 2020, 598 pp., por M. A. Rodríguez Vázquez.....	381
GIL GANDÍA, C., <i>La reparación de las víctimas de crímenes internacionales y la Corte Penal Internacional</i> , Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, 351 pp., por M. D. Bollo Arocena.....	382
JIMÉNEZ GARCÍA, B. S., <i>Garantías reales sobre bienes inmateriales en el comercio internacional</i> , Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2020, 487 pp., por R. Arenas García.....	384
LIROLA DELGADO, I. y GARCÍA PÉREZ, R. (eds.), <i>Seguridad y fronteras en el mar</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, 310 pp., por P. García Andrade.....	386
MÁRQUEZ CARRASCO, C. (dir.), IGLESIAS MÁRQUEZ, D. y DOMÍNGUEZ DÍAZ, F. A. (coords.), <i>El I Plan de Acción Nacional sobre empresas y derechos humanos de España: evaluación, seguimiento y propuestas de revisión</i> , Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, 410 pp., por F. Pascual-Vives.....	388
ORTIZ VIDAL, M. D., <i>La adopción internacional tras la Ley 26/2015</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, por G. Esteban de la Rosa.....	390
PALOMARES LERMA, G. y GARCÍA CANTALAPIEDRA, D., <i>Imperium. La política exterior de los Estados Unidos del siglo xx al xxi</i> , Valencia, Tirant Humanidades, 2019, 443 pp., por J. P. Soriano Gatica.....	392
RODRÍGUEZ RODRIGO, J., <i>Relaciones económicas de los matrimonios y las uniones registradas en España, antes y después de los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/114</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, 299 pp., por P. Quinzá Redondo.....	393
SANZ CABALLERO, S. (dir.), <i>El futuro de la Unión y la amenaza de una no Europa: la crisis de valores en la Unión Europea</i> , Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, 236 pp., por M. D. Blázquez Peinado.....	395
SOBRINO HEREDIA, J. M. y OANTA, G. (coords.), <i>La construcción jurídica de un espacio marítimo común europeo</i> , Barcelona, Bosch, 2020, 1052 pp., por J. Abrisketa Uriarte.....	396
VELASCO RETAMOSA, J. M., <i>El Reglamento (UE) 650/2012 de sucesiones: algunas cuestiones escogidas</i> , Madrid, Cuadernos Civitas, 2019, 133 pp., por C. Azcárraga Monzonís.....	398
VEZZANI, S., <i>Jurisdiction in International Fisheries Law. Evolving Trends and New Challenges</i> , Milán, Wolters Kluwer-CEDAM, 2020, 453 pp., por G. A. Oanta.....	400

EDITORIAL

EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y LA UNIÓN EUROPEA: REFLEXIONES EN TORNO AL LEGADO DEL PROFESOR JOSÉ LUIS IGLESIAS BUHIGUES

Manuel DESANTES REAL

Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad de Alicante

1. INTRODUCCIÓN

Es ya tópico afirmar que la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam el 1 de mayo de 1999 marcó un antes y un después en el proceso de integración europea desde la perspectiva del Derecho internacional privado al consagrar el «Espacio de libertad, de seguridad y de justicia» —y, dentro de él, la «Cooperación judicial en materia civil»— como uno de los objetivos nucleares de la Unión, en igualdad con el mercado interior, la unión económica y monetaria y la política exterior y de seguridad¹. La doctrina española ha destacado este aspecto —y lo sigue haciendo— hasta la saciedad y es bien conocida por todos. Pero conviene recordar algo que a veces se pasa por alto: la expresión «Derecho internacional privado» no aparece —ni aparecerá en el futuro— por ningún lado en los Tratados, prueba de que lo que está en juego en realidad en Ámsterdam no es la creación dogmática de un «sistema de Derecho internacional privado» sino el desarrollo de la cooperación judicial transfronteriza en materia civil.

A partir de ese día los acontecimientos se precipitaron y la realidad es que hoy las fuentes institucionales del sistema de Derecho internacional privado español se han multiplicado con reglamentos y directivas cada vez más elaborados pero también más complejos y más fundados en urgencias que en importancias, en tácticas que en estrategias, hasta el punto de que la activi-

¹ Art. 2, 4 guion, del Tratado de la Unión Europea y art. 61 del Tratado de la Comunidad Europea. Véase IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «La cooperación judicial en materia civil (CJC) antes y después del Tratado de Ámsterdam», *RGD*, mayo de 1998, núm. 644, pp. 5847-5862.

dad de la Unión Europea en estos últimos veinte años supera incluso a la del «fervor internacionalista» de la última década del milenio pasado.

Cerrado el ciclo —aparentemente— con el último Reglamento Bruselas II bis, adoptado el 25 de junio de 2019, se impone una reflexión sobre el futuro del recurso a los instrumentos clásicos del Derecho internacional privado por las instituciones europeas. Quizá ha llegado el momento de preguntarse también cuál es el objetivo real que se quiere alcanzar y si los medios de los que disponemos —las bases jurídicas proporcionadas por los diferentes tratados— son los más adecuados para ello. Afortunadamente, hemos tenido entre nosotros durante todo este tiempo a una persona que, aunque nos acaba de dejar el pasado 16 de septiembre, no solo fue testigo de este proceso —estuvo presente en primera línea en su concepción y en todos sus desarrollos—, sino que se convirtió en indiscutido protagonista: el Profesor Iglesias Buhigues. Poner en valor en este editorial su legado académico y profesional vinculado al Derecho de la Unión Europea y al Derecho internacional privado puede ayudarnos a comprender mejor las claves de una cascada de acontecimientos que arranca hace más de medio siglo y que, con todo, no parece haber dicho su última palabra, al tiempo que implica para las nuevas generaciones un reconocimiento de la impagable deuda contraída con tantos profesionales universitarios ya desaparecidos de cuyo rigor científico y compromiso nos sentimos herederos.

José Luis Iglesias Buhigues (Valencia, 1940 - Valencia, 2020) era uno de los últimos representantes de una generación de académicos internacionalistas españoles que, con todas las miserias que implicaba el entorno social y político —una sociedad cerrada, hosca y anodina— en el que tuvieron que desarrollar su labor, fueron capaces de formarse —a contrapelo y con un enorme sacrificio personal— en los grandes centros internacionales del saber² y de regresar para enfrentarse abiertamente a la dictadura³ y para cimentar la dogmática de tres ciencias jurídicas autónomas pero profundamente interrelacionadas: el Derecho internacional público, el Derecho internacional privado y el Derecho de la Unión Europea.

El Profesor Iglesias Buhigues es reconocido como pionero y visionario en todos los envites de una actividad académica y profesional que puede dividirse —a los efectos de la gestación y del desarrollo de la panoplia de fuentes

² En su caso, el Institut des Hautes Études Internationales de l'Université de Paris (octubre de 1963 - junio de 1965), el Centre d'Études et de Recherche de Droit International de l'Académie de Droit International de La Haye (1965, 1970 y 1973, año este último en el que obtuvo el Diplôme de l'Académie, Section Droit International Privé), la Faculté Internationale pour l'Enseignement du Droit Comparé (Section «Organisations européennes», Estrasburgo, 1968) y el Institut des Nations Unies pour la Formation et la Recherche (UNITAR) (Nueva York, 1969).

³ Baste leer atentamente el durísimo y clarividente ensayo sobre las razones que impedían la admisión de España en las Comunidades Europeas —«mientras las actuales estructuras socio-políticas continúen sin armonizarse con las de los países miembros de las Comunidades»— publicado por *Cuadernos para el Diálogo* en 1972. Véase IGLESIAS BUHIGUES, J. L., *Comunidad Económica Europea. Razones y ejemplos de los obstáculos para la admisión de España*, Madrid, Cuadernos para el Diálogo, Colección los Suplementos, 1972, núm. 34, 52 pp.

institucionales del Derecho internacional privado— en seis etapas a lo largo de más de medio siglo. Durante la primera —entre 1969 y 1978— consagró su investigación a la reflexión sobre los aspectos nucleares del Derecho comunitario europeo en las Universidades de Valencia y Complutense de Madrid en un momento en el que los especialistas en esta materia podían contarse con los dedos de la mano (2). La segunda —hasta 1988— le llevó a profundizar en primicia sobre la acción comunitaria en el ámbito del Derecho internacional privado desde las Universidades de Granada y Alicante (3). La tercera —desde 1989 hasta 1992— (4) y la cuarta —desde 1993 hasta 1998— (5) fueron quizá las más fructíferas porque la atalaya del Servicio Jurídico de la Comisión Europea le permitió vivir como protagonista de excepción la génesis de la creación del Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia y de su hijo putativo, la Cooperación judicial en materia civil. La quinta, que abarca desde 1999 hasta su retorno a España en 2005, estuvo destinada a diseñar y a ejecutar —como director del equipo «Justicia, Libertad, Seguridad: Derecho privado y Derecho penal»— la aplicación de este apartado del Tratado de Ámsterdam que acababa de entrar en vigor, muy especialmente por lo que hace referencia a la «comunitarización» del sistema de Derecho internacional privado (6). En fin, la sexta corresponde a los últimos quince años en la Universidad de Valencia, donde volvió a distinguirse como académico ejemplar multiplicando su actividad docente e investigadora, centrada en el Derecho internacional privado en general y, más concretamente, en el fruto de su experiencia en la creación y en el desarrollo del Derecho internacional privado de la UE (7).

2. LA PRIMERA ETAPA (1969-1978): EL DERECHO COMUNITARIO

Su primera contribución —precisamente en esta *Revista*— daba cuenta desde una perspectiva crítica de la fusión de los ejecutivos comunitarios que instituyó un Consejo único y una Comisión única en 1965. Y tenía razón: reconociendo que se trataba de «una mejora en el funcionamiento de las instituciones comunitarias», no es menos cierto que el Tratado de fusión vino a consagrar un mecanismo de adopción de decisiones que en la práctica devino más intergubernamental que supranacional⁴, con lo que no solo se perdió la oportunidad de aportar un espaldarazo al desarrollo de nuevas políticas comunitarias sino que coadyuvó a un proceso de hibernación de la integración —recuérdese la crisis del Consejo y la negativa de De Gaulle a potenciar la Asamblea Europea— del que no saldría hasta veinte años después, una vez digerida la primera adhesión de 1973. Resultaba, por ello, indispensable

⁴ IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «El Tratado de Fusión de los ejecutivos en el proceso de regresión comunitaria europea», *REDI*, vol. 22, 1969, núm. 3, pp. 496-517: se destierra la palabra «supranacional», proliferan las excepciones y las cláusulas de salvaguardia, se concede máximo poder al Consejo de Ministros, los Estados se reservan el derecho de veto, se aplaza *sine die* la elección de la Asamblea Europea por sufragio universal directo, se decide utilizar el término «Comisión» en lugar del de «Alta Autoridad».

volver al sueño inicial de los padres de Europa y a este empeño consagró José Luis Iglesias tanto su Tesis Doctoral, que, bajo la dirección de su maestro, el Profesor Adolfo Miaja de la Muela, versó sobre el concepto de supranacionalidad y su reflejo en los Tratados de París y Roma⁵, como tres estudios publicados en dos de las revistas de mayor reputación consagradas a la construcción europea, los *Cahiers de Droit Européen*⁶ y la *Revista de Instituciones Europeas*⁷. Más de una década después compartí con él otro trabajo destinado a preparar la adhesión de España a las Comunidades Europeas⁸ y tuve ocasión de corroborar hasta qué punto este europeísta convencido conocía la cocina y el menú del proyecto de integración europea, condición inexcusable para poder abordar su repercusión en el ámbito del Derecho internacional privado.

3. LA SEGUNDA ETAPA (1979-1988): LOS CONVENIOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO CELEBRADOS ENTRE LOS ESTADOS MIEMBROS

Como profesor agregado en la Universidad de Granada —donde fue decano— y posteriormente catedrático en la Universidad de Alicante —donde también fue decano y presidente de la comisión que elaboró el Estatuto de la Universidad—, dedicó sus afanes a profundizar en la teoría general del Derecho internacional privado y, como consecuencia de ello, en la acción comunitaria en este ámbito, limitada por aquel entonces a convenios internacionales con base en el art. 220 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea.

El Profesor Iglesias mantuvo con vehemencia durante toda su vida académica una visión formalista del Derecho internacional privado sustentada en la delimitación del ámbito de aplicación de las leyes y opuesta a la tesis imperante que propone una justificación de esta ciencia a partir de la distinción

⁵ IGLESIAS BUHIGUES, J. L., *La supranacionalidad de las Comunidades Europeas. Análisis jurídico de los Tratados de París y Roma y de su aplicación práctica*. Tesis doctoral, Valencia, Anales de la Universidad de Valencia, Secretariado de Publicaciones, Intercambio Científico y Extensión Universitaria, 1970.

⁶ IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «La nature juridique du droit juridique communautaire», *CDE*, 1969-4/5, pp. 501 y ss.

⁷ IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «La noción de supranacionalidad en las Comunidades Europeas», *RIE*, 1974-1, pp. 73-117, e *id.*, «Federalismo y soberanía en la historia de la construcción de la Europa comunitaria», *RIE*, vol. 3, 1976, núm. 3, pp. 657-678.

⁸ DESANTES REAL, M. e IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «La Comunidad Europea: estructura y funcionamiento», *Economía valenciana i la Comunitat Europea*, vol. I: *Instituciones comunitarias y el estatuto de autonomía, Monografía correspondiente al Llibre Blanc sobre la repercussió a la Comunitat Valenciana de l'adhesió d'Espanya a la Comunitat Economica Europea*, Valencia, Generalitat Valenciana, 1986. A lo largo de su vida profesional el Profesor Iglesias ha seguido regalándonos con análisis certeros referidos a los aspectos institucionales del Derecho de la Unión Europea: véase, entre otros, IGLESIAS BUHIGUES, J. L., *Laudatio pronunciada por Don José Luis Iglesias Buhigues con motivo de la investidura como doctor honoris causa por la Universidad de Alicante de Don Jacques Santer*, Universidad de Alicante, 1995.

entre el tráfico jurídico interno y el tráfico jurídico externo⁹. El argumentario anclaba sus raíces en la teoría general del Derecho: la correcta determinación de la normativa realmente aplicable a un supuesto dado exige la puesta en común de todas las reglas eventualmente conectadas con dicho supuesto y la aplicación de una regla sustantiva a una relación, sea interna o internacional, solo es posible cuando otra regla así lo haya previsto, pues de otro modo aquella carecería de título¹⁰. Curiosamente, la proliferación de fuentes institucionales en el sistema de Derecho internacional privado de la UE y la creciente complejidad de las soluciones propuestas ha vuelto a poner encima de la mesa la piedra angular de este razonamiento: la necesidad de delimitar en todo caso el ámbito de aplicación de las normas.

Su afán por difundir —por primera vez en España— todos los aspectos hasta entonces abordados por las Comunidades en esta materia se reflejó en ocho trabajos indispensables para comprender el posterior desarrollo que originó el Tratado de Maastricht¹¹. Como es lógico, el primero lo constituye una monografía sobre el Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil¹², donde subrayaba la disparidad entre los regíme-

⁹ IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «Reflexiones en torno al objeto y función del Derecho internacional privado», *REDI*, vol. 35, 1983, núm. 1, pp. 29-42. Véase también, desde una perspectiva similar, SOPENA MOLSALVE, A., *Formalismo y finalismo en el Derecho internacional privado: una propuesta metodológica*, Tesis Doctoral, Universidad de Granada, 1981, y «Las “excepciones” de “orden público” y de “fraude a la ley”: una aproximación crítica», *REDI*, vol. 34, 1982, núms. 2-3, pp. 447-460. Como afirma acertadamente el Profesor A. L. Calvo Caravaca, «Las cuestiones de método en Derecho internacional privado han ocupado un lugar de privilegio en el pensamiento del profesor J. L. Iglesias Buhigues» (CALVO CARAVACA, A. L., «El Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 y la ley aplicable a la protección de los niños. Algunas cuestiones de método», en ESPLUGUES MOTA, C. y PALAO MORENO, G. (eds.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber Amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 434).

¹⁰ Desde esta perspectiva, las reglas «de conflicto» son, por tanto, reglas «de delimitación» del ámbito de aplicación de otras reglas, con las que —conjuntamente— conforman las normas. En el caso de las reglas de conflicto unilaterales, se limitan a decidir si el derecho del foro resulta o no aplicable; por el contrario, las multilaterales añaden a la función anterior otra: delimitan, además, y siempre desde la perspectiva del foro, el ámbito de aplicación de todos los ordenamientos jurídicos extranjeros: «En definitiva, las reglas de Derecho internacional privado contienen las *órdenes del legislador nacional con respecto a la aplicación, en una situación dada, de determinadas normas jurídicas, sean del propio derecho o de un ordenamiento jurídico extranjero*» (IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «Reflexiones...», *op. cit.*, nota 9, p. 38). En consecuencia, «el Derecho internacional privado se configura como un auténtico Derecho del Derecho, esto es, como el sistema de reglas jurídicas que encuadra en la órbita de uno u otro ordenamiento las relaciones y situaciones que se anudan entre particulares, tanto desde el punto de vista procesal —la competencia judicial del foro y, su complemento, el reconocimiento y ejecución de las decisiones judiciales— como desde el de la competencia legislativa —ley aplicable» (IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «Reflexiones...», *op. cit.*, nota 9, pp. 39-40).

¹¹ La doctrina española ha subrayado repetidamente este carácter pionero, convirtiendo sus trabajos de esta época en referentes para todos.

¹² IGLESIAS BUHIGUES, J. L., *Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales en la CEE y en el Derecho español*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1977, 174 pp. Al Convenio de Bruselas y a la reflexión sobre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia dedicaría más tarde otros tres trabajos en los que tuve el honor de colaborar con él: DESANTES REAL, M. e IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «La quinta libertad comunitaria: competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en la Comunidad Europea», en GARCÍA DE ENTERRÍA, A., GONZÁLEZ CAMPOS,

nes comunitario y nacional: recuérdese que en 1977 todavía imperaba en España el art. 51 LEC para la competencia judicial internacional y los arts. 951 a 958 de la misma ley para el reconocimiento y la ejecución de sentencias¹³. El segundo y el tercero estaban dedicados, respectivamente, a la competencia judicial y el reconocimiento de sentencias¹⁴ y a la ley aplicable a la quiebra en el Mercado Común Europeo¹⁵. El cuarto, al reconocimiento de sociedades y personas jurídicas en la CEE¹⁶. El quinto, al Anteproyecto de Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales¹⁷. El sexto, al todavía entonces Proyecto de Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales¹⁸, Proyecto que vería la luz poco después. El séptimo, al Proyecto de convenio sobre fusión internacional de sociedades anónimas¹⁹. En fin, el octavo reflexionaba sobre el *statu quo* de los instrumentos de Derecho internacional privado desarrollados hasta el momento del ingreso de España en las Comunidades Europeas²⁰.

Durante este periodo el Profesor Iglesias Buhigues fue también representante de España en el Grupo Conjunto CEE-AELE EXEQUATUR para la elaboración de un Convenio paralelo al Convenio de Bruselas de 1968 sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, documentos públicos con fuerza ejecutiva y transacciones judiciales, texto que cristalizó el 16 de septiembre de 1988 en el bien conocido

J. D. y MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho comunitario europeo*, t. III, Madrid, 1986, pp. 711-752; DESANTES REAL, M. e IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «Extensión y límites de la jurisdicción española. Influencia del Convenio de Bruselas de 1968 en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985», en AA, *Las relaciones de vecindad, IX Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, San Sebastián, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 1987, pp. 453-463; y DESANTES REAL, M. e IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «Competencia judicial y ejecución de sentencias en Europa (Convenio de Bruselas de 27 septiembre de 1968 y Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988)», en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. y LIÑAN NOGUERAS, D. J., *El derecho comunitario europeo y su aplicación por el juez nacional*, Madrid, Civitas, 1993, pp. 1048-1166.

¹³ La Profesora Alegría Borrás, sin duda otro de los pilares de esta generación, destacaba hace unos años que el Profesor José Luis Iglesias «ha vivido en primera línea los cambios jurídico-internacionales de nuestro tiempo, cuando ya abordó los temas de Derecho internacional privado comunitario en una primerísima etapa» [BORRAS RODRÍGUEZ, A., «La cláusula de compatibilidad del art. 52.2 del Convenio de La Haya de 1966 y los instrumentos comunitarios», en ESPLUGUES MOTA, C. y PALAO MORENO, G. (eds.), *Nuevas fronteras...*, op. cit., nota 9, p. 189].

¹⁴ IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de quiebra en el Mercado Común Europeo», *REDI*, vol. 30, 1977, núms. 2-3, pp. 339-364.

¹⁵ IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «Ley aplicable y efectos de la quiebra en el Mercado Común (proyecto de convenio CEE) y en Derecho español», *RIE*, vol. 4, 1977, núm. 2, pp. 339-364.

¹⁶ IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «Reconocimiento de las sociedades y personas jurídicas en la CEE y en Derecho español», *Anuario de Estudios Sociales y Jurídicos*, 1977, núm. 6, pp. 129-180.

¹⁷ IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «Las obligaciones extracontractuales en el Anteproyecto de Convenio CEE y en el Derecho conflictual español», *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al profesor Miaja de la Muela*, Madrid, Tecnos, 1979, pp. 1123-1145.

¹⁸ IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «Proyecto de Convenio CEE sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales», *RIE*, vol. 7, 1980, núm. 3, pp. 995-1027.

¹⁹ IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «Proyecto de convenio sobre fusión internacional de sociedades anónimas», *Anales de la Universidad de Alicante - Facultad de Derecho*, 1982, pp. 189-242.

²⁰ IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «Expectativas del Derecho internacional privado», en RESS, G. y WILL, M. R., *Ingreso de España en la Comunidad Europea, Vorträge in der Arbeitsgruppe 6: Europarecht auf dem I. Arbeitskongress der Deutsch-Spanischen Juristenvereinigung*, Madrid, 11 de abril de 1985, pp. 35-45.

Convenio de Lugano. Se da la paradoja de que para aquella fecha ya se había incorporado al Servicio jurídico de la Comisión Europea, lo que le permitió participar en la Conferencia Diplomática de Lugano como miembro de la delegación de la Comunidad Europea²¹.

4. LA TERCERA ETAPA (1989-1992): EL CAMINO HACIA MASTRIQUE. LA CONSOLIDACIÓN DEL MERCADO INTERIOR

El entonces todavía catedrático de Alicante aterrizó en la Comisión Europea en el momento y en el lugar oportuno. Esta primera década de su experiencia en Bruselas puede dividirse a su vez claramente en dos etapas: la primera, hasta la entrada en vigor del Tratado de Maastricht el 1 de enero de 1993, donde la prioridad estaba en la consolidación del mercado interior; la segunda, hasta la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam el 1 de mayo de 1999, época que plantea los escenarios del posmercado interior.

El Acta Única Europea de 1986 supuso el relanzamiento —tras décadas de hibernación con logros puntuales— del proceso de construcción europea y la primera modificación en profundidad de los tratados fundacionales. Su principal objetivo consistió en asegurar el progresivo establecimiento y el funcionamiento del mercado interior a finales de 1992 a partir de 282 acciones que debían permitir «un espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones del presente Tratado»²². Para ello era indispensable contar con una base jurídica que permitiera sortear el hasta entonces insalvable obstáculo de la unanimidad, lo que se consiguió con la introducción del art. 100 A, artículo que, sin embargo, no resultaba aplicable ni a las disposiciones fiscales ni a las relativas a la libre circulación de personas y a los derechos e intereses de los trabajadores por cuenta ajena. Cuando el entonces todavía catedrático de la Universidad de Alicante llegó a la Comisión Europea en junio de 1988 la maquinaria estaba ya en pleno funcionamiento, el Tribunal de Justicia iba paulatinamente validando el continuo recurso al art. 100 A por parte de la Comisión y su presidente, Jacques Delors, estaba ya pensando en el siguiente reto.

Y el siguiente reto consistía en lograr salir del encorsetamiento del mercado interior, que exigía siempre una fundamentación económica, para entrar en una dinámica mucho más ambiciosa: la creación de un espacio especialmente destinado no al mercado sino a las personas, un espacio fundamentado «en el respeto de los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y leyes de los Estados miembros, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en la Carta Social Europea, en particular la libertad, la igualdad y la justicia

²¹ Véase DESANTES REAL, M. e IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «Competencia judicial...», *op. cit.*, nota 12, pp. 1048-1166.

²² Art. 8 A, párr. 2, del Tratado CEE, introducido por el Acta Única Europea de 1986.

social»²³. Para ello se creó en la Secretaría General²⁴ en 1989 una pequeña Task-Force que empezó llamándose «Grupo para la eliminación de las fronteras físicas» y acabó constituyendo el verdadero motor del nuevo Espacio de libertad, seguridad y justicia.

En ese pequeño grupo —que comenzó con tres personas y estaba dirigido por Sir Adrian Fortescue— se encontraba desde el principio, representando al Servicio Jurídico, una persona que en todo largo y complejo proceso resultó determinante y hasta providencial: José Luis Iglesias Buhigues. Nadie como él tenía la legitimidad para arbitrar, enhebrar, templar, aconsejar lo factible frente a lo incierto y proponer una visión a largo plazo que fuera poco a poco consolidando el concepto. Nadie como él había consagrado veinticinco años de vida académica a estudiar a fondo las dos piedras angulares de este edificio singular: por una parte, el sujeto, es decir, la dinámica de desarrollo de la integración europea entendida como un proceso donde era esencial que la estrategia primara sobre la táctica; por otra, el objeto, compuesto por una amalgama variopinta de materias —bautizadas todas ellas bajo el paraguas del «Espacio de libertad, seguridad y justicia»— que iba desde el asilo, la inmigración, el control de la frontera exterior y el no control de la interior, la armonización del Derecho penal internacional, ... y el reconocimiento mutuo —la palabra «mutuo» resulta aquí fundamental, porque implica la desaparición del *exequátur*— de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil, aspecto este último para el que se encontró ya en el Tratado de Maastricht una expresión todavía más ambigua, a saber, «cooperación judicial en materia civil».

La construcción del «Espacio de libertad, seguridad y justicia» y, dentro de ella, de su apartado denominado «Cooperación judicial en materia civil» constituyó de esta manera en la década de los noventa uno de los proyectos más ambiciosos jamás acometidos por la Comisión Europea, sin duda a la altura del inmediatamente anterior, el de la consolidación del mercado interior. Y, contra lo que pudiera parecer, la tarea más ardua no fue la de recogida de frutos —que se corresponde con la cuarta etapa de la vida profesional de José Luis Iglesias—, sino su concepción, la discusión interna en el complejo entramado burocrático de la Comisión, su plasmación en una propuesta concreta, la negociación de la propuesta en el Consejo y con todos y cada uno de los Estados miembros y su debate en el Parlamento Europeo. A este empeño dedicó el profesor español una parte importante de sus energías durante estos

²³ Acta Única Europea, considerando 3. Conviene recordar que es la primera vez que aparece esta terminología en el texto de los Tratados. El Tratado CEE se limitaba a afirmar que los Estados miembros estaban «resueltos a consolidar [...] la paz y la libertad» y su art. 2 restringía su misión a «promover, mediante el establecimiento de un mercado común y la progresiva armonización de las políticas económicas de los Estados miembros, un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad».

²⁴ La Secretaría General de la Comisión es una pieza clave del engranaje burocrático en la medida en que, entre otras cosas: *a)* dirige y coordina el trabajo de toda la Comisión para garantizar que todas las iniciativas se adecúen a las prioridades políticas del presidente, y *b)* gestiona el proceso de toma de decisiones de la Comisión.

largos años, hasta que, tras una ardua negociación, vio plasmado el resultado primero modestamente en el Tratado de Maastricht y, por fin, de forma plena en el Tratado de Ámsterdam.

La Task-Force se movió implícitamente desde el primer momento en torno a dos escenarios muy diferentes, ambos con sus ventajas y sus inconvenientes. El primero defendía una expansión del concepto de «mercado interior», que saldría de su corsé economicista para albergar un ambicioso programa de armonización y/o comunitarización de vastas parcelas del Derecho privado, incluido el Derecho internacional privado²⁵. Su ventaja era innegable: ya existía la base jurídica, el art. 100 A, que mayoritariamente posibilitaba la adopción de decisiones por mayoría cualificada. Pero los inconvenientes no eran menores: en efecto, no podía garantizarse: *a)* que los Estados miembros la apoyaran; *b)* que el Tribunal de Justicia bendijera tal proceder, ni *c)* que la Dirección General competente —mercado interior— le otorgara prioridad.

El segundo escenario implicaba la creación de una base jurídica propia y de una estructura administrativa paralela —una Dirección General— que, por primera vez, fuera capaz de proponer toda una batería normativa desgajada del mercado interior y presidida por la libre circulación de personas y los valores comunes a todos los Estados miembros. Si la ventaja era también evidente —desgajar la libre circulación de personas del mercado interior y ofrecer de este modo un impulso exponencial de la integración europea—, los inconvenientes no lo eran menos: posibles reticencias de los Estados ante esta «expansión», incertidumbre sobre el procedimiento a utilizar —mayoría cualificada o unanimidad— a partir de la nueva base jurídica, agotamiento del modelo al quedar vinculado a una lista cerrada de materias...

Es verdad que había antecedentes del segundo modelo²⁶. Pero también es verdad que, de seguirlo, la Task-Force se enfrentaba a una hercúlea ta-

²⁵ La táctica sería en este caso la contraria a la utilizada por el Acta Única para pavimentar el trayecto hacia la consecución del mercado interior: si entonces interesaba presentar una lista cerrada de casi trescientas medidas junto con un estudio que medía las consecuencias económicas de su no adopción —el bien conocido Informe Cecchini—, en este caso habría que diseñar un objetivo más ambicioso y conseguir una carta blanca que dotara de base jurídica —p. ej., un «art. 100 A bis»— a cualquier iniciativa de la Comisión destinada a la consolidación del mercado interior.

²⁶ IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «Espacio de libertad, de seguridad y de justicia», *Cuadernos de Integración Europea*, 2006, pp. 34-46, esp. p. 35. La nueva concepción de la libre circulación de personas propuesta por el Acta Única exigía «una serie de medidas, unas más urgentes que otras, pero todas ellas de no poca audacia: la supresión de los controles en las fronteras interiores, el reforzamiento de esos controles en la frontera exterior y el establecimiento de un principio de política común en materia de asilo e inmigración. Demasiada audacia para los entonces nuevos Estados miembros, que no permiten el progreso en ese sentido. Por eso, cinco de los seis Estados fundadores (la R. F. de Alemania, Francia y los tres países del Benelux) deciden ir adelante y, en 1985, firman, primero, el acuerdo de Schengen y, luego, en 1990, el convenio de aplicación de dicho acuerdo, instrumentos por los que, entre los Estados contratantes, se suprime el control de personas en las fronteras interiores, se refuerza en las fronteras exteriores y se armonizan una serie de medidas en materia de visados, asilo y cooperación policial y judicial».

rea: la cooperación venía regida por el método intergubernamental clásico, falto de rigor, de estrategia, sin control democrático o judicial, sin coordinación...; urgía, por tanto, «encuadrar el todo en el marco jurídico-político institucionalizado»²⁷ e incluir otras materias, como los aspectos civiles de la cooperación.

El Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992, que entró en vigor el 1 de noviembre de 1993, no resolvió el dilema pero abrió una brecha que permitía insinuar por dónde iban los tiros: introdujo sin ambages «los principios de libertad, democracia y respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y del Estado de Derecho» (cdo. 3), creó una ciudadanía común (cdo. 8) y proclamó el «objetivo de facilitar la libre circulación de personas, garantizando al mismo tiempo la seguridad y la defensa de sus pueblos, mediante la inclusión de disposiciones sobre justicia y asuntos de interior en el presente Tratado» (cdo. 10). Este último aspecto se plasmó en la incorporación del tercer pilar, a saber, un nuevo Título VI denominado «Disposiciones relativas a la cooperación en los ámbitos de justicia y de los asuntos de interior» cuyo art. K.1 había sido ya capaz de elaborar una lista cerrada de materias susceptibles de tal cooperación, entre ellas la «cooperación judicial en materia civil». Con todo, Maastricht limitaba su acción a: *a)* adoptar posiciones y acciones comunes, y *b)* celebrar convenios, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 220 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, recomendando su adopción a los Estados miembros.

José Luis Iglesias mantuvo en todos estos foros, contra viento y marea y en una época de más sombras que luces, la necesidad imperiosa de escapar del corsé que imponía el Convenio de Bruselas y extenderlo a cuatro ámbitos: por una parte, a aquellas materias patrimoniales excluidas del Convenio, como la quiebra, y a aquellas otras que requerían un tratamiento más especializado, como las créditos no impugnados o los procesos monitorios; por otra, al ámbito de los conflictos de leyes; en tercer lugar, y en un paso más audaz, salir del estricto marco patrimonial para llevarlo a las sucesiones, al matrimonio y a los alimentos; en fin, la conveniencia —con todos los problemas que ello lleva consigo— de parcelar el sistema de Derecho internacional privado construyendo subsistemas completos, siguiendo de este modo la senda ya iniciada por la Conferencia de La Haya —p. ej., con el fracasado Convenio sobre competencia de autoridades, ley aplicable y reconocimiento de decisiones en materia de adopción (1965) y con el exitoso Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (1993) o con el más reciente Convenio sobre Protección internacional de los adultos (2000)—.

²⁷ IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «Espacio de libertad...», *op. cit.*, nota 26, p. 35.

5. LA CUARTA ETAPA: (1993-1999): DE MASTRIQUE A ÁMSTERDAM. LOS ESCENARIOS DEL POSMERCADO INTERIOR

Apenas cinco años más tarde, el Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997 introdujo un Título III bis en la Tercera Parte del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, denominado «Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas». El art. 73 I de este Título III bis incluía, «(a) fin de establecer progresivamente un espacio de libertad, de seguridad y de justicia», un listado cerrado de materias sobre las que el Consejo estaba habilitado a legislar «durante un periodo transitorio de cinco años por unanimidad» (art. 73 O), abriendo la posibilidad de que más adelante pudiera acordarse —por unanimidad— llevar casi todas estas materias a la mayoría cualificada²⁸.

Una de estas materias era la «cooperación judicial en materia civil, de conformidad con el art. 73 M». Pues bien, el art. 73 M especificaba —nuevamente en un listado cerrado— cuáles eran las medidas incluidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza, a saber: *a)* las que constituyen el objeto clásico del Derecho internacional privado en sentido estricto —competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de resoluciones en asuntos civiles y mercantiles, incluidos los extrajudiciales—, y *b)* aspectos procesales tan relevantes como el sistema de notificación o traslado transfronterizo de documentos judiciales y extrajudiciales, la obtención de pruebas y las normas de procedimiento civil.

Al socaire de este éxito, la Task-Force derivó en octubre de 1999 en la creación tanto de una nueva Dirección General de Justicia e Interior —a cuyo frente se nombró al presidente de la Task-Force y cuyo director general adjunto sería años más tarde el Profesor Francisco Fonseca— como de una nueva Comisaría, ocupada por el portugués Antonio Vitorino. En apenas unos años la Dirección General pasó de 60 a 600 funcionarios y finalmente fue dividida en dos.

Un buen número de las piezas de este complejo artesonado fueron sugeridas, pulidas y explicadas hasta la saciedad por el «saber hacer» de un académico que adquirió a lo largo de estos años una bien merecida reputación, que le acompañó hasta su jubilación en el año 2005: así, entre muchos otros, el concepto de «establecimiento progresivo» del espacio de libertad, de seguridad y de justicia, la pasarela, tras cinco años, de la unanimidad a la mayoría cualificada o, sobre todo, la ampliación de su contenido hasta

²⁸ El Profesor Iglesias vaticinó inmediatamente —como así ocurrió— que el Tratado de Ámsterdam «ha abierto la puerta a la existencia de un cuerpo de Derecho internacional privado comunitario cuyo desarrollo progresivo contará, desde la entrada en vigor de las nuevas disposiciones, de posibilidades hasta ahora inesperadas» [IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «La cooperación judicial en materia civil (CJC) antes y después del Tratado de Ámsterdam», *op. cit.*, nota 1].

abarcar todos los aspectos del sistema de Derecho internacional privado²⁹. El Servicio Jurídico reconoció en 2001 la impecable trayectoria del Profesor Iglesias Buhigues nombrándole director —consejero jurídico principal— del nuevo equipo denominado «Justicia y Asuntos de Interior, Derecho privado y Derecho penal»³⁰, cargo que ocupó hasta su jubilación en 2005.

6. LA QUINTA ETAPA: 1999-2004. EL ESPACIO DE LIBERTAD, DE SEGURIDAD Y DE JUSTICIA

En su faceta de iusinternacional privatista, el Profesor Iglesias dedicará todos estos años a liderar desde el Servicio Jurídico de la Comisión Europea cuatro tareas directamente relacionadas con el tema que nos ocupa: *a)* por una parte, la revisión de todo un conjunto de instrumentos —sobre todo, pero no solo, convencionales— que estaban llamados a transformarse en actos comunitarios con una base jurídica más sólida, sea la que ofrece la Cooperación judicial civil en el marco del Espacio de libertad, de seguridad y de justicia³¹, sea la que ya venía consagrada desde Maastricht en el art. 100 A del

²⁹ La lectura del conjunto de contribuciones consagradas desde entonces a reflexionar, con carácter general, sobre el Espacio de libertad, seguridad y justicia nos ofrece pistas para valorar su decisiva aportación al proceso. Véanse, entre otros, IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «La cooperación judicial en materia civil (CJC) antes y después del Tratado de Ámsterdam», *op. cit.*, nota 1, pp. 5847-5862; IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «La cooperación judicial internacional en materia civil», en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. y REMACHA Y TEJADA, J. R. (dirs.), *Cooperación jurídica internacional*, Colección Escuela Diplomática, Madrid, 2001, núm. 5, pp. 47-58; IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «Espacio de libertad, de seguridad y de justicia», *op. cit.*, 2006, nota 26, pp. 34-46; IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «Espacio de libertad, seguridad y justicia», en BOU FRANCH, V. E. y CERVERA VALLTERRA, M. (coords.), *El derecho de la Unión Europea: 20 años después de la adhesión de España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 123-142; IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «Derechos fundamentales y Derecho comunitario», en CUADRADO, M. P. e IGLESIAS BUHIGUES, J. L. (coords.), *El espacio de libertad, seguridad y justicia: avances y derechos fundamentales en materia procesal*, Madrid, Thomson Reuters, 2009, pp. 23-38; IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «Desarrollo del espacio europeo de justicia: hacia un nuevo Derecho internacional privado de sucesiones en la UE», *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2009, núm. 1, pp. 337-364; IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «Contribución de la presidencia española al desarrollo de la cooperación judicial en materia civil en la UE», en GARCÍA SEGURA, C., MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., PALAO MORENO, G. y SOBRINO HEREDIA, J. M. (dirs.), *El desarrollo del Tratado de Lisboa: un balance de la Presidencia española. Décimas Jornadas Extraordinarias Escuela Diplomática - Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Madrid, Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, 2011, pp. 101-109; IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «Luces y sombras de la cooperación judicial en materia civil en la UE», en GONZÁLEZ BEIFUSS, C., FORNER J. J. y VIÑAS, R. (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado: Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 535-552, e IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «Hacia la frontera inteligente en la Unión Europea», en PÉREZ VERA, E. et al., *Derecho internacional privado entre la tradición y la innovación. Libro homenaje al Prof. Dr. José María Espinar Vicente*, Madrid, Iprolex, 2020, pp. 411-428.

³⁰ Con la Comisión Barroso este equipo pasó a denominarse, por coherencia con el nombre de la Dirección General a la que estaba vinculado, «Justicia, libertad y seguridad. Derecho privado y Derecho penal».

³¹ Así: *a)* el Convenio Bruselas I se convirtió en el Reglamento (CE) 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; *b)* el Convenio Bruselas II en el Reglamento (CE) 1347/2000, del Consejo, de 29 de mayo, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones ju-

Tratado de la Comunidad Europea en la medida en que se justificare su relación con el mercado interior³², sea la que exigen disposiciones específicas del Tratado con incidencia en el sistema de Derecho internacional privado³³, y *b)* por otra, la elaboración del resto del artesonado del Derecho internacional privado de la UE que conocemos hoy³⁴; en tercer lugar, la más que delicada

diciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes, que varios años más tarde dio lugar al Reglamento (CE) núm. 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental y hoy al Reglamento (UE) 2019/1111, del Consejo, de 25 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, aplicable a partir del 1 de agosto de 2022; *c)* el Convenio de Bruselas de 23 de noviembre de 1995 sobre quiebra —que nunca llegó a entrar en vigor por la oposición de Reino Unido— en el Reglamento (CE) 1346/2000, del Consejo, de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia, más tarde reconvertido en Reglamento (UE) 2015/848, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia; *d)* el Convenio de 26 de mayo de 1997 sobre notificación y traslado de documentos en el Reglamento (CE) 1348/2000 relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil y, años más tarde, al Reglamento (CE) 1393/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (notificación y traslado de documentos), y *e)* el Convenio Roma I en el Reglamento (CE) 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

³² Así, todo un conjunto de directivas sobre consumidores, contratos a distancia, publicidad engañosa, seguridad de los productos, multipropiedad, sociedades, banca y valores mobiliarios, morosos, transferencia de sede de personas físicas, radiodifusión televisiva, responsabilidad por daños o propiedad intelectual, entre otros.

³³ Así, entre otras muchas: *a)* la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva de comercio electrónico), cuya base jurídica es el art. 47.2 del TCE: la huella del Profesor Iglesias se encuentra en cada precepto de la directiva, pero sobre todo en la concepción de su art. 3 —la regla de origen— que no debería ser presentada como una regla de conflicto sino como una regla de reconocimiento *ope legis*, o *b)* el Reglamento (UE) 1257/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de una protección unitaria mediante patente y el Reglamento (UE) 1260/2012, de 17 de diciembre, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de una protección unitaria mediante patente en lo que atañe a las disposiciones sobre traducción, ambos fundamentados en el art. 118.1 TFUE.

³⁴ Así: *a)* el Reglamento (CE) 1206/2001, del Consejo, de 28 de mayo, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil; *b)* la Directiva 2002/8/CE, del Consejo, de 27 de enero de 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios, y *c)* el Reglamento (CE) 805/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados. Varios de los frutos iniciados por el Profesor Iglesias en estos años llegaron cuando ya había regresado a su actividad académica en 2005: así ocurrió con: *a)* el Reglamento (CE) 1896/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, por el que se establece un proceso monitorio europeo; *b)* el Reglamento (CE) 861/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, por el que establece un proceso europeo de escasa cuantía; *c)* el Reglamento (CE) 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, elaborado a partir de un anteproyecto de Convenio; *d)* la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles; *e)* el Reglamento (CE) 4/2009, del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos; *f)* el 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, y *g)* el Reglamento (UE) 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo,

diseción entre las competencias comunitarias y nacionales en el ámbito de la cooperación civil y penal, donde logró que el Tribunal de Justicia reconociera —a partir de una interpretación amplia del art. 47 del Tratado de la Unión Europea— la primacía de la competencia comunitaria, primacía que iría poco a poco consolidándose a un sinnúmero de ámbitos como la protección de los intereses financieros de la Comunidad, la protección del euro, el blanqueo de capitales, el tráfico de drogas, la entrada y residencia irregulares, la propiedad intelectual, la conservación de los datos personales, las licitaciones públicas o la competencia desleal³⁵; en fin, el diseño de la estrategia que en el Consejo Europeo de Tampere de octubre de 1999 preparó el terreno para la construcción del Espacio Europeo de Justicia³⁶ y que en el Consejo Europeo de La Haya de noviembre de 2004 puso en marcha el nuevo plan de acción para 2005-2010³⁷.

En su periodo al frente del equipo responsable de la consolidación del espacio de libertad, seguridad y justicia en el seno del Servicio Jurídico de la Comisión Europea, José Luis Iglesias tuvo que afrontar también una tercera —tras Maastricht y Ámsterdam— revisión de los Tratados, la que dio lugar al Tratado de Niza de 26 de febrero de 2001, que entró en vigor el 1 de febrero de 2003 y que volvió a modificar sustancialmente el establecimiento del Espacio de libertad, seguridad y justicia. Su impronta volvió a ser decisiva en el texto finalmente adoptado por la Conferencia Diplomática³⁸.

En fin, la contribución del Profesor Iglesias en estos años queda también perfectamente reflejada en un bien conocido dictamen del Tribunal de Jus-

de 4 de julio, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo. En fin: *a*) el Reglamento (UE) 606/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil; *b*) el Reglamento (UE) 655/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo, por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil; *c*) el Reglamento (UE) 2016/1103, 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 regímenes económicos matrimoniales, y *d*) el 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 comenzaron su andadura en una época ya posterior. La doctrina ha reconocido unánimemente este legado: véase, entre muchos otros, RODRÍGUEZ NEBOT, A., «La armonización del régimen matrimonial en la Unión Europea: la propuesta de Reglamento de marzo de 2011», en ESPLUGUES MOTA, C. y PALAO MORENO, G., *Nuevas fronteras...*, *op. cit.*, nota 9, p. 556: «En buena medida, las más plausibles de las soluciones incorporadas por la Comisión en sus propuestas de reglamentos son fiel reflejo de la extraordinaria labor del querido colega».

³⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de septiembre de 2005 (asunto C-176/03), *Comisión c. Consejo*. Véase IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «En el Servicio Jurídico de la Comisión Europea», en ICE, *Revista de Economía, Las políticas comunitarias: una visión interna*, julio-agosto de 2006, núm. 831, pp. 165-174, esp. p. 167.

³⁶ Como es bien conocido, la aplicación del Programa ofreció muy escasos resultados.

³⁷ El Programa de La Haya fue sustituido, ya sin el Profesor Iglesias en el Servicio Jurídico de la Comisión, por el Programa de Estocolmo, que representó la hoja de ruta para el periodo de 2010-2014, periodo en el cual el Tratado de Lisboa resultaba aplicable.

³⁸ Cumplida revisión de las novedades introducidas en el Tratado de Niza en este aspecto puede encontrarse en IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «Espacio de libertad, de seguridad y de justicia», *op. cit.*, nota 26.

ticia que sigue al pie de la letra las observaciones de la Comisión: el Dictamen 1/03, de 7 de febrero de 2006, sobre la competencia de la Comunidad para celebrar el nuevo Convenio de Lugano relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil³⁹. Su repercusión ha sido enorme y ha servido para justificar la expansión de las competencias de la Unión en todos los aspectos referidos al Derecho internacional privado de la Unión Europea⁴⁰.

Reconocido el legado⁴¹ que de estos años nos deja el por aquel entonces ya catedrático en excedencia de su *alma mater*, la Universidad de Valencia, es preciso advertir, como él mismo expuso años después, «las luces y las sombras»⁴² de aquel extraordinario proceso que ha generado, tan solo en el sistema de Derecho internacional privado, una quincena de reglamentos generosamente estudiados —y criticados— por la doctrina española y que son bien conocidos por todos. Queda en el aire, empero, una cuestión: ¿qué hubiera ocurrido si, en lugar de haberse integrado la cooperación judicial en materia civil en el espacio de libertad, de seguridad y de justicia —que estaba pensado sobre todo para la cooperación en materia penal—, hubiera triunfado la propuesta de vinculación directa con el mercado interior entendido en sentido amplio? Evidentemente, no hay respuesta, y nadie podría asegurar que a estas alturas del siglo XXI las prioridades hubieran permitido incluir la cooperación judicial en materia civil en las apretadas agendas de los candi-

³⁹ Gracias al cual fue posible negociar el nuevo Convenio de Lugano de 30 de octubre de 2007 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil y hoy pendiente de revisión. El Tribunal estima que la celebración del nuevo Convenio de Lugano corresponde íntegramente a la competencia exclusiva de la Comunidad Europea y recoge las alegaciones de la Comisión en los puntos 51, 52, 56, 63, 74, 76, 83, 84, 85, 91, 92, 93, 97, 101, 106, 108, 155 y 163 del Dictamen 1/03. Una lectura atenta de todos ellos denota claramente la autoría de un iusinternacional-privatista bien conocedor del complejo entramado que implica el sistema de Bruselas I.

⁴⁰ BORRÁS RODRÍGUEZ, A., «La firma del Convenio de Lugano revisado», *REDI*, 2007-2, pp. 851-857; DE MIGUEL ASENSIO, P. A., «Convenios internacionales y unificación del Derecho internacional privado de la Unión Europea», en ESPLUGUES MOTA, C. y PALAO MORENO, G., *Nuevas fronteras...*, *op. cit.*, nota 9, p. 59.

⁴¹ A título de ejemplo, basten dos referencias de dos catedráticos de Derecho internacional privado pertenecientes a la siguiente generación. Para el Profesor Sánchez Lorenzo: «Durante muchos años José Luis Iglesias Buhigues contribuyó de forma directa, en el seno de las instituciones europeas, a la construcción del Derecho internacional privado comunitario. Su dedicación al Derecho internacional privado y su talante europeísta se combinaron a la perfección y se tradujeron, asimismo, en una línea de reflexión que siempre ha defendido la proyección y el avance del Derecho internacional privado europeo» [SÁNCHEZ LORENZO, S., «La política legislativa de la Unión Europea en materia de Derecho internacional privado: de la técnica del carro ante los bueyes a la estrategia del avestruz», en ESPLUGUES MOTA, C. y PALAO MORENO, G. (dirs.), *Nuevas fronteras...*, *op. cit.*, nota 9, p. 133]. Y el Profesor Forner Delaygua estima que José Luis Iglesias «ha sido pionero en nuestro país en prestar atención al Derecho internacional privado desde la perspectiva de la incidencia del Derecho comunitario y durante muchos años ha sido testigo directo y artífice técnico de dicha incidencia y de su evolución desde las instituciones europeas» [FORNER DELAYGUA, J. J., «El papel de una ley de cooperación jurídica internacional en materia civil en la aplicación de los Reglamentos comunitarios», en ESPLUGUES MOTA, C. y PALAO MORENO, G. (dirs.), *Nuevas fronteras...*, *op. cit.*, nota 9, p. 220].

⁴² IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «Luces y sombras de la cooperación judicial en materia civil en la UE», en GÓNZÁLEZ BEIFUSS, C., FORNER, J. J. y VIÑAS, R. (coords.), *Entre Bruselas y La Haya*, *op. cit.*, nota 29, pp. 535-552.

datos a ver la luz bajo el amparo del antiguo art. 100 A y hoy art. 114 TFUE. Pero lo cierto es que el *numerus clausus* con el que nació en el marco del antiguo art. 65 TCE y actual art. 81 TFUE posibilitó la comunitarización —si bien atomizada y sin una estrategia clara— del sistema de Derecho internacional privado, pero cerró con ello la puerta a la oportunidad de acometer la necesaria y urgente armonización de vastas parcelas del Derecho privado. Con seguridad el Profesor Iglesias nos llamaría hoy la atención sobre esta asignatura pendiente...

Esto no es todo. En los casi dieciocho años de experiencia en el corazón de la Comisión Europea, José Luis Iglesias participó directamente, representando a la Comisión, en más de un centenar de asuntos ante el Tribunal de Justicia y el Tribunal General. Muchos de estos asuntos vienen referidos precisamente a la construcción del Derecho internacional privado de la Unión Europea: una rápida ojeada por los más conocidos referidos al entonces Convenio de Bruselas de 1968 permite identificar hasta diecisiete, abarcando casi todas las materias referidas a los Títulos I⁴³, II⁴⁴ y III⁴⁵ del Convenio; pero también se ocupó de la repercusión indirecta del Derecho internacional privado en la Unión Europea, a partir de la aplicación del principio de reconocimiento mutuo reflejado en asuntos como el que protagonizó la sentencia García Avelló contra Bélgica sobre doble nacionalidad y nombre⁴⁶. Muchos de ellos les resultarán familiares a los lectores.

⁴³ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 5.^a) de 14 de noviembre de 2002 (C-271/00), *Luc Baten* — Art. 1 — Concepto de materia civil — Concepto de Seguridad Social.

⁴⁴ a) Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 6.^a) de 20 de marzo de 1997 (C-295/95), *Farrell*, art. 5.2, concepto de «acreedor de alimentos»; b) Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de marzo de 1999 (C-159/97), *Castelletti*, art. 17, convenio atributivo de jurisdicción, requisitos formales; c) Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de octubre de 1999 (C-420/97), *Leathertex*, arts. 2 y 5.1, contrato agencia comercial; d) Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de septiembre de 1999 (C-440/97), *Concorde*, art. 5.1, lugar cumplimiento obligación contractual; e) Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 5.^a) de 9 de noviembre de 2000 (C-387/98), *Coreck Maritime*, art. 17, acuerdo atributivo de jurisdicción, requisitos formales; f) Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 6.^a) de 13 de julio de 2000 (C-412/98), *Group Josi*, Ámbito Título II y arts. 7 a 12 bis, seguros; g) Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 6.^a) de 5 de abril de 2001 (C-518/99), *Gaillard*, art. 16.1, derechos reales inmobiliarios; h) Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 6.^a) de 27 de febrero de 2002 (C-37/00), *Weber*, art. 5.1, lugar cumplimiento obligación contractual; i) Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 6.^a) de 11 de julio de 2002 (C-96/00), *Gabriel*, arts. 5.1 y 3 y 13.3, consumidor, publicidad engañosa, contrato; j) Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 6.^a) de 1 de octubre de 2002 (C-167/00), *Henkel*, art. 5.3, concepto materia delictual, y k) Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de febrero de 2002 (C-256/00), *Besix*, art. 5.2, lugar de cumplimiento de la obligación contractual.

⁴⁵ a) Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 5.^a) de 17 de junio de 1999 (C-260/97), *Unibank*, arts. 32, 36 y 50, documentos públicos con fuerza ejecutiva; b) Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 5.^a) de 29 de abril de 1999 (C-267/97), *Eric Coursier*, art. 31, carácter ejecutorio de una resolución judicial; c) Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de marzo de 2000 (C-7/98), *Krombach*, art. 27.1, ejecución de resoluciones judiciales, orden público; d) Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 5.^a) de 11 de mayo de 2000 (C-38/98), *Renault*, art. 27.1, ejecución de resoluciones judiciales, orden público internacional, y e) Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 5.^a) de 6 de junio de 2002 (C-80/00), *WECO*, art. 27.3, concepto de resolución inconciliable.

⁴⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de octubre de 2003 (C-148/02), *García Avelló c. Bélgica*. Sobre este tema ya había publicado con anterioridad el autor unos años antes. Véase IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «Doble nacionalidad y Derecho comunitario: A propósito del asunto C-369/90, *Micheletti*,

Fuera del ámbito del Derecho internacional privado de la Unión Europea, José Luis Iglesias ha dejado también huella imborrable en numerosas materias⁴⁷, entre las que es preciso destacar muy sucintamente dos que le han ido acompañando durante todo este tiempo: el contractual y el relativo a las indicaciones geográficas y las denominaciones de origen. Respecto al primero, logró centralizar todos los asuntos en una «célula de contratos y cobro de créditos», incluidas las licitaciones públicas de la Comisión, lo que permitió generar mayor eficiencia, calidad, rapidez y coordinación.

El segundo lo vivió con máxima intensidad por dos razones. En primer lugar, por su insustituible aportación en la redacción y la negociación de los Reglamentos que posibilitaron en 1992⁴⁸ que una institución tan solo conocida en algunos países de la CEE pasara a ser protegida en todo el territorio comunitario y, más tarde, a nivel global gracias a los Acuerdos sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) incluidos en el Anexo 1C del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (OMC) de 15 de abril de 1994. Como él siempre decía, las denominaciones de origen son «un instituto jurídico con alma social»⁴⁹. El salto fue cualitativo: de una reglamentación local y fragmentada, con efectos parciales y muy limitados, se pasó a una normativa comunitaria completa y, como consecuencias de los ADPIC, a una mundialización del sistema, lo que tiene también una importante repercusión en la mejora de la protección de los conocimientos tradicionales. Este giro radical, del que el Profesor Iglesias se sentía uno de los orgullosos padres, ha generado en la última década una multiplicación exponencial de la atención doctrinal en nuestro país.

sentencia del TJCE de 7 de julio de 1992», en PÉREZ GONZÁLEZ, M. (coord.), *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor don Manuel Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 953-967. Una reflexión reciente y valiosa sobre este tema puede encontrarse en CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Principio de eficiencia y estatuto personal», en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. et al., *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho. Homenaje al Prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Madrid, Civitas y Thomson Reuters, 2020, pp. 179-194.

⁴⁷ A título de ejemplo: falta de incorporación de directivas [Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de octubre de 1993 (C-378/92), *Comisión c. España*; Auto del Tribunal de Justicia (Sala 6.ª) de 11 de julio de 1995 (C-95/94), *Comisión c. España*; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 6.ª) de 15 de diciembre de 1994 (C-94/94), *Comisión c. España*], revisiones de resoluciones judiciales, adhesión de España, libre circulación de mercancías, libre prestación de servicios, contratos de consumo y de multipropiedad o IVA.

⁴⁸ Reglamento (CEE) 2081/92, del Consejo, de 14 de julio, relativo a la protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios, reemplazada por el Reglamento (CE) 510/2006, del Consejo, de 20 de marzo, sobre la protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios, y Reglamento (CEE) 2082/92, del Consejo, de 14 de julio, relativo a la certificación de las características específicas de los productos agrícolas y alimenticios, reemplazado por el Reglamento (CE) 509/2006, del Consejo, de 20 de marzo, sobre las especialidades tradicionales garantizadas de los productos agrícolas y alimenticios. Respecto al sector vinícola, véase IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «Reflexiones sobre un nuevo ordenamiento del sector vinícola», en AA, *I Foro Mundial del Vino*, Logroño, 1999, pp. 97-129.

⁴⁹ IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «Prólogo», en PALAU RAMÍREZ, F. y PAGON, A. M. (dirs.), *La protección de las indicaciones geográficas y denominaciones de origen: Europa y América Latina*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 11.

La segunda razón deriva de su implicación directa y de su magisterio en algunos de los asuntos más importantes que el Tribunal de Justicia ha resuelto sobre este tema. Los más relevantes para España fueron los asuntos Rioja⁵⁰ y Turrón de Jijona y Turrón de Alicante⁵¹, pero el Profesor Iglesias ha participado directamente en muchos otros como Altenburg Ziegenkäse I⁵², Pays d'Auge/Pays d'Auge-Cambremer⁵³, Pato de foie-gras del Sudoeste⁵⁴, Feta I⁵⁵, Cremant⁵⁶, Montagne⁵⁷, Feta II⁵⁸, Formaggio Gorgonzola⁵⁹, Warsteiner⁶⁰, Altenburger Ziegenkäse II⁶¹, Spreewälder Gurken⁶², Formaggio Parmigiano Reggiano⁶³, Prosciutto de Parma⁶⁴ o Feta III⁶⁵. Su legado en esta materia es legendario.

7. LA SEXTA ETAPA (2005-2020): EL RETORNO A LA ACADEMIA

En enero de 2005 regresó el Profesor Iglesias Buhigues a su cátedra de Valencia, donde encontró una calurosa acogida que le permitió integrarse rápidamente en las tareas docentes e investigadoras del Departamento de Derecho Internacional Público y Privado. Estuvo en activo hasta septiembre

⁵⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de mayo de 2000 (asunto C-388/95), *Bélgica c. España* (Rioja). El Tribunal, siguiendo a la Comisión y a España, obligó a que los vinos protegidos por denominaciones de origen fueran embotellados en la zona de producción. La participación del Profesor Iglesias es también relevante en otros asuntos relacionados con esta materia: por ejemplo, el Auto del Tribunal de Primera Instancia de 26 de marzo de 1999 (asunto T-114/96), *Lor*.

⁵¹ Auto del Tribunal de Primera Instancia (Sala 1.ª) de 26 de marzo de 1999 (T-114/96), *Turrón de Jijona y Turrón de Alicante*. En febrero de 2006 el Consejo Regulador de Turrón de Jijona y Turrón de Alicante otorgó el «Boixet de Oro» a José Luis Iglesias, en homenaje a su labor de defensa y apoyo de las Denominaciones de Origen españolas.

⁵² Auto del Tribunal de Primera Instancia (Sala 2.ª) de 15 de septiembre de 1998 (T-100/97), *Altenburg Ziegenkäse I*.

⁵³ Auto del Tribunal de Primera Instancia (Sala 1.ª) de 9 de noviembre de 1999 (T-114/99), *Pays d'Auge/Pays d'Auge-Cambremer*.

⁵⁴ Auto del Tribunal de Primera Instancia (Sala 5.ª) de 30 de enero de 2001 (T-215/00), *Pato de foie-gras del Sudoeste*.

⁵⁵ Auto del Tribunal de Primera Instancia (Sala 3.ª) de 13 de diciembre de 2005 (T-370/02, T 381/02, T-397/02), *Feta I*.

⁵⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de mayo de 1994 (C-309/89), *Cremant*.

⁵⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 5.ª) de 7 de mayo de 1997 (C-321/94, C-322/94 a C-324/94), *Montagne*.

⁵⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de marzo de 1999 (C-289/96, C-293/96 y C-299/96), *Feta II*.

⁵⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 5.ª) de 4 de marzo de 1999 (C-87/97), *Formaggio Gorgonzola*.

⁶⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de noviembre de 2000 (C-312/98), *Warsteiner*.

⁶¹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 2.ª) de 26 de octubre de 2000 (C-447/98 P), *Altenburger Ziegenkäse II*.

⁶² Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 6.ª) de 6 de diciembre de 2001 (C-269/99), *Spreewälder Gurken*.

⁶³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de junio de 2002 (C-66/00), *Formaggio Parmigiano Reggiano*.

⁶⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de mayo de 2003 (C-108/1), *Prosciutto di Parma*.

⁶⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 25 de octubre de 2005 (asuntos C-465/02 y C-466/02), *Feta III*.

de 2010 y continuó —como profesor emérito y más tarde como colaborador— hasta el mismo día de su repentino fallecimiento. Fueron quince años prolíficos en los que participó como uno más para consolidar el magnífico equipo con el que cuenta en este momento el área de Derecho de Derecho internacional privado de la Universidad de Valencia. Todos ellos, sin excepción, saben bien hasta qué punto su legado y su entrega a la docencia, a la investigación y a los compañeros quedará para siempre.

El primer hito, al poco tiempo de su llegada, lo constituyó la publicación del manual de la asignatura Derecho internacional privado, junto con los Profesores Carlos Esplugues Mota y Guillermo Palao Moreno⁶⁶, una obra magna que va ya por la 14.^a edición. Riguroso, completo, bien documentado y de fácil lectura, se ha consolidado sin duda alguna como uno de los manuales de referencia en España y en Iberoamérica.

A lo largo de estos años José Luis Iglesias ofreció más de una veintena de publicaciones. Si, por una parte, continuó con materias que había conocido desde la teoría y desde la práctica, como: *a)* el desarrollo del espacio de libertad, seguridad y justicia —y, dentro de él, la cooperación judicial en materia civil—⁶⁷; *b)* los aspectos generales del Derecho de la Unión Europea⁶⁸, y *c)* los que hacen más específicamente referencia a los instrumentos de Derecho internacional privado de la Unión Europea con base jurídica en el art. 81 TFUE⁶⁹, profundizó también en otros aspectos de nuestra disciplina

⁶⁶ ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J. L. y PALAO MORENO, G., *Derecho internacional privado*, 14.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

⁶⁷ Todas ellas citadas en nota 29.

⁶⁸ IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «En el Servicio Jurídico de la Comisión Europea», *Las políticas comunitarias: una visión interna*, ICE, julio-agosto de 2006, pp. 165-174; IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «Derechos fundamentales y Derecho comunitario», en CUADRADO, M. P. e IGLESIAS BUHIGUES, J. L. (coords.), *El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: avances y derechos fundamentales en materia procesal*, Madrid, Aranzadi-Thomson Reuters, 2009, pp. 23-38; IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «El papel del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el proceso de integración», en PARDO IRANZO, V. (dir.), *El sistema jurisdiccional de la Unión Europea*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2013, pp. 19-38; IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «La ciudadanía de la Unión», en CERVERA VALLTERRA, M. (coord.), *La encrucijada de Europa: luces y sombras para un futuro común*, Valencia, Universitat de Valencia, 2015, pp. 47-58; IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «Principios de efectividad y equivalencia en la Directiva 2014/104/UE», en RUIZ PERIS, J. I., *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la directiva 2014/104/UE*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, pp. 99-108.

⁶⁹ IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «El largo camino del Reglamento “Roma II”», *AEDIPr.*, t. VII, 2007, pp. 97-108; DESANTES REAL, M. e IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «Hacia un sistema de Derecho internacional privado de la Unión Europea», *AEDIPr.*, t. IX, 2009, pp. 115-128; IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «De la extensión y límites de la jurisdicción y del reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil en la UE», en GÓMEZ COLOMER, J. L., BARONA VILAR, S. y CALDERÓN CUADRADO, M. P., *El Derecho procesal español a golpe de tango. Liber Amicorum en homenaje a Juan Montero Aroca y para celebrar su LXX cumpleaños*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 1297-1316; IGLESIAS BUHIGUES, J. L. y PALAO MORENO, G., *Sucesiones internacionales. Comentario al Reglamento (UE) 650/2012*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015; IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «La quinta libertad en marcha: la libre circulación de títulos ejecutivos en la UE», en PARDO IRANZO, V. (coord.), *Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea*, 2016, pp. 49-98; IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «De la litispendencia y la conexidad internacionales», en JIMÉNEZ FORTEA, J. (coord.), *La cooperación jurídica internacional civil y mercantil española más allá de la UE*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 187-209; IGLESIAS BUHIGUES, J. L. «Artículos 4, 5, 33, 34, 35, y 42», en IGLESIAS BUHIGUES, J. L. y PALAO MORENO, G.

como: a) la mediación⁷⁰; b) las sucesiones⁷¹; c) los regímenes matrimoniales y de parejas⁷²; d) la patente europea con efecto unitario⁷³; e) la cooperación jurídica internacional⁷⁴, o f) la aplicación del Derecho extranjero⁷⁵.

En el año 2012 el área de Derecho internacional privado de la Universidad de Valencia organizó un homenaje a su medio siglo de compromiso con el proyecto de integración europea, fruto del cual fue la presentación de un *Liber Amicorum* donde a lo largo de casi mil páginas más de medio centenar de especialistas reconocían su legado y profundizaban en todas las materias a las que había dedicado su atención nuestro profesor, con una atención específica a la que nos ocupa en este editorial: el Derecho internacional privado de la Unión Europea⁷⁶.

8. EPÍLOGO

Como bien indicaban los Profesores Esplugues Mota y Palao Moreno en las «Palabras breves para un amigo» que abren su libro homenaje, «el Profesor Iglesias es un académico que ha tenido la oportunidad irreplicable de

(dirs.), *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea. Comentarios a los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 67-93, 355-382 y 415-422.

⁷⁰ IGLESIAS BUHIGUES, J. L. y CALDERÓN CUADRADO, M. P., «Acceso a la justicia y mediación en asuntos civiles y mercantiles. Cuatro tópicos, tres problemas y una doble precisión (Unión Europea y España)», en ARANGÜENA FANEGO, C. (coord.), *Cooperación judicial civil y penal para el nuevo escenario de Lisboa*, Madrid, Comares, 2011, pp. 3-60; ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J. L. y PALAO MORENO, G. (dirs.), *Civil and Commercial Mediation in Europe*, Cambridge, Intersentia, 2 vols., 2013; IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «Artículo 27: ejecución de los acuerdos de mediación transfronterizos», en ALONSO SALGADO, C., RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A. y CASTILLEJO MANZANARES, R., *Comentarios a la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 275-302; ESPLUGUES MOTA, C. e IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «Mediation and private international law: improving free circulation of mediation agreements across the EU», en EUROPEAN PARLIAMENT, DIRECTORATE GENERAL FOR INTERNAL POLICIES, *The implementation of the Mediation Directive. Workshop: Compilation of In-depth Analyses*, 2016, pp. 70-94.

⁷¹ IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «Desarrollo del espacio europeo de justicia: hacia un nuevo Derecho internacional privado de sucesiones en la UE», *op. cit.*, nota 29, pp. 337-364; IGLESIAS BUHIGUES, J. L., y SOUTO FERNÁNDEZ, Y., «Capítulo 8: Sucesiones», en PALAO MORENO, G. y PÉREZ SILVEIRA, M. E., *Las relaciones de familia y sucesorias entre España y Cuba. Una visión desde el Derecho internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 285-339; IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «La remisión a la ley española en materia sucesoria y de régimen económico matrimonial», *CDT*, vol. 10, 2018, núm. 1, pp. 233-247. El Profesor Iglesias era además miembro del PRM-III/IV, *Group of Experts on the property consequences of marriage and other forms of union and on succession and wills in the European Union*.

⁷² IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «La remisión a la ley española...», *op. cit.*, nota 71.

⁷³ IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «Derecho internacional privado, patente europea con efecto unitario y tribunal unificado de patentes», en PELLISÉ DE URQUIZA, C., RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A. y CASTILLEJO MANZANARES, R. (coords.), *La unificación convencional y regional del derecho internacional privado*, Madrid, Marcial Pons, 2014, pp. 145-154.

⁷⁴ IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «Artículos 41, 43 y 46», en MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. y PALAO MORENO, G. (dirs.), *Comentarios a la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 466-473, 492-500 y 527-544.

⁷⁵ IGLESIAS BUHIGUES, J. L. *et al.*, «Spain», en ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J. L. y PALAO MORENO, G. (eds.), *Application of Foreign Law*, Munich, Sellier European Law Publishers, 2011, pp. 355-376.

⁷⁶ ESPLUGUES MOTA, C. y PALAO MORENO, G. (eds.), *Nuevas fronteras...*, *op. cit.*, nota 9, 981 pp.

dedicar su vida a lo que fue y es el sueño de varias generaciones de europeos: la consolidación y el fortalecimiento del proceso de integración europea en todas sus dimensiones»⁷⁷. Y a fe que aprovechó esta oportunidad hasta el último día: fue capaz de combinar durante más de medio siglo la visión con el pragmatismo, los principios con la realidad, la estrategia con la táctica y la integración con los intereses nacionales. Fruto de todo ello es un vasto legado unánimemente reconocido y el firme compromiso de todos los que hemos aprendido de él de continuar edificando a partir de su ejemplo.

Más de una década ha pasado desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa que configuró, en su forma actual, los contornos de la base jurídica que ofrece soporte a los reglamentos destinados a conformar la cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza a partir del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales. Si a primera vista los resultados podrían considerarse como satisfactorios —sobre todo si los comparamos con la realidad anterior—, no es menos cierto que su aplicación diaria suscita cada vez más sombras⁷⁸. José Luis Iglesias era muy consciente de todas estas sombras y su legado puede sin duda ayudarnos a reflexionar sobre un proceso que ha supuesto un giro copernicano en el sistema de Derecho internacional privado español.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 17.

⁷⁸ Por citar solo algunas: la creciente complejidad de cada uno de los textos, que parecen dirigidos a superespecialistas y no a los ciudadanos; la hipoteca que implica una negociación a cinco bandas —Consejo, Parlamento, Comisión y, en muchas ocasiones, Estados miembros y entidades interesadas— con la necesidad de contentar a todos; la falta de armonía entre las diferentes soluciones y la ausencia de un cuerpo mínimo común, lo que se traslada también a la interpretación autónoma del Tribunal de Justicia, pero esta vez no en el sentido de que es independiente de la que llevarían a cabo los tribunales nacionales en asuntos domésticos sino de que es independiente de la propugnada en los otros textos que componen la cooperación judicial en materia civil; la ausencia de una estrategia coherente que vincule todo el acervo y encauce los trabajos para el futuro; en fin, la falta de claridad en cuanto al objetivo: ¿Estamos ante el embrión de un sistema de Derecho intraUE aplicable a las relaciones jurídicas circunscritas a los Estados miembros de la Unión Europea o ante un sistema destinado a ser aplicado con carácter universal que dejaría las fuentes autónomas con carácter meramente residual? ¿Cuál es el vínculo real entre todos los instrumentos? ¿Está agotado el modelo o volverá a multiplicarse a través de reglamentos especializados? ¿Asaltarán definitivamente el reducto de soberanía que constituye el —ya de por sí limitado— estatuto personal?

DIPLOMACIA, ESPIONAJE Y ORDEN MUNDIAL: EL CIERRE DE CONSULADOS DE CHINA Y ESTADOS UNIDOS

Ricardo ARREDONDO*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL CIERRE DE LOS CONSULADOS EN EL CONTEXTO DE LAS RELACIONES CHINO-ESTADOUNIDENSES.—3. LAS MEDIDAS ADOPTADAS EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL.—3.1. La decisión de ordenar el cierre de representaciones consulares.—3.2. Las conductas alegadas.—3.3. Las inmunidades de los funcionarios consulares.—3.4. La inviolabilidad de la oficina consular.—4. REFLEXIONES FINALES.

1. INTRODUCCIÓN

1. La diplomacia se ha caracterizado tradicionalmente por tener un lenguaje simbólico y gestual que no solo exterioriza el estado de las relaciones entre los actores de las relaciones internacionales, sino que constituye un código comunicativo mediante el cual esos actores negocian sus pretensiones de poder. Por ello, el cierre de una oficina consular representa un acto hostil entre dos Estados y es un símbolo del malestar existente entre ellos. En la práctica diplomática moderna, los Estados procuran no romper o suspender las relaciones diplomáticas o consulares, aun en circunstancias extremas, y buscan adoptar otro tipo de medidas como la retirada del jefe de misión, la «llamada a consultas» o la reducción del personal. El cierre de una representación consular «está entre los actos de mayor hostilidad. Después de ello, lo único que queda es ordenar el cierre de la Embajada, o sea, rompimiento de relaciones diplomáticas»¹. Por eso, el cierre del Consulado General de China en Houston y el de Estados Unidos en Chengdú representan actos de extrema gravedad.

2. Este trabajo analiza el contexto político y jurídico del cierre de estas representaciones consulares en el marco del Derecho internacional en general y, específicamente, de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares

* Diplomático. Profesor de Teoría y Práctica Diplomática y Consular en el Instituto del Servicio Exterior (Argentina) y en Universidad de Belgrano (ricardoarredondo@derecho.uba.ar). Todos los accesos a las sitios web son válidos al 13 de septiembre de 2020.

¹ HEINE, J., «Houston, pistoletazo de la Segunda Guerra Fría», *Clarín*, 26 de julio de 2020.

(CVRC) de 1963² y la Convención Consular China-Estados Unidos (CCCEU) de 1980³. La CVRC contempla un marco general de estándares mínimos, a la vez que reconoce la validez de otros acuerdos bilaterales y regionales, que ya estaban en existencia antes de que la Convención entrara en vigor y la conclusión de otros acuerdos que complementan, extienden o amplían sus provisiones⁴. En este sentido, es ilustrativo el art. 73 CVRC que estipula que sus disposiciones «no afectarán a otros acuerdos internacionales en vigor» como así tampoco «impedirá que los Estados concierten acuerdos internacionales que confirmen, completen, extiendan o amplíen» sus normas. Por tanto, aunque Estados Unidos y la República Popular China son partes de CVRC, ambos probablemente sintieron la necesidad de desarrollar sus relaciones consulares. En particular, Estados Unidos estima que la Convención de Viena es inadecuada para la protección de sus intereses porque no contiene una disposición que contemple la inviolabilidad *absoluta* de los locales consulares⁵. Por ello, Estados Unidos utiliza a la CVRC como un piso, para buscar luego a través de acuerdos bilaterales una mayor protección en sus relaciones consulares con otros países. La convención bilateral con China es un ejemplo de ello⁶.

3. En la primera parte de este trabajo se realiza una breve descripción del estado de las relaciones bilaterales entre China y Estados Unidos, para después considerar particularmente los aspectos relacionados con: *a)* la decisión de ambos países de cerrar las oficinas consulares mencionadas; *b)* las conductas que supuestamente habrían cometido los funcionarios chinos, en particular las alegaciones de espionaje y robo de propiedad intelectual; *c)* las inmunidades de los funcionarios consulares y la posibilidad de procesamiento penal, y *d)* las cuestiones referidas a la inviolabilidad de los locales de las oficinas consulares a la luz de los comportamientos de los funcionarios estadounidenses y chinos; y se concluye con unas reflexiones finales.

2. EL CIERRE DE LOS CONSULADOS EN EL CONTEXTO DE LAS RELACIONES CHINO-ESTADOUNIDENSES

4. Desde hace muchos años viene escribiéndose en diversos medios acerca de las dificultades por la que atraviesan los vínculos entre China y Estados

² La CVRC fue firmada en el Neue Hofburg en Viena el 24 de abril de 1963 y entró en vigor el 19 de marzo de 1967. Tiene 180 Estados parte. UNTS vol. 596, p. 261.

³ La CCCEU fue firmada en Washington el 17 de septiembre de 1980 y entró en vigor el 19 de febrero de 1982. Para un estudio detallado de esta convención puede verse KHO, S., *A Study of the Consular Convention Between the United States of America and The People's Republic of China*, Occasional Papers/ Reprints Series in Contemporary Asian Studies, 1996, núm. 6, p. 137.

⁴ ARREDONDO, R., *Derecho diplomático y consular*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2016, p. 17.

⁵ SALEM, D., *The People's Republic of China, International Law and Arms Control*, Occasional Papers/Reprints Series in Contemporary Asian Studies, 1983, núm. 6, p. 154.

⁶ El *Restatement of the Law* afirma que entre dos Estados parte de la CVRC y de un tratado consular bilateral, prevalece el instrumento que «otorga mayores privilegios e inmunidades», independientemente de cuál sea el más antiguo. Cfr. AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law, Third, The Foreign Relations Law of the United States*, vol. 1, 1987, St. Paul, MN, American Law Institute Publishers, p. 478. Sec. 465, Reader's Note 3.

Unidos y que en los últimos meses se han traducido en una escalada de tensiones que amenaza con romper la relación bilateral entre ambas potencias. El ascenso de China, el declive de Estados Unidos y la rivalidad por la primacía del poder mundial constituyen el marco general en el que se inscriben las relaciones diplomáticas entre ambos Estados. En poco tiempo, este vínculo que se había caracterizado por ser no confrontativo, de respeto mutuo y de búsqueda de soluciones mutuamente beneficiosas⁷, se convirtió en el eje de la confrontación de Estados Unidos con el mundo.

5. La abrupta decisión de la administración Trump de disponer el cierre del Consulado General de la República Popular China en Houston y la medida recíproca del gobierno chino ordenando el cierre del Consulado de los Estados Unidos de América en Chengdú son la más reciente manifestación de la competición entre estos actores dominantes de las relaciones internacionales contemporáneas, que ha reducido los lazos bilaterales a un nuevo mínimo. Es la primera vez que se ordena el cierre de una misión desde que ambos países normalizaron sus relaciones diplomáticas en 1979. El consulado chino en Houston, uno de los primeros en abrirse luego del restablecimiento de las relaciones entre Nixon y Mao en 1979, es uno de los cinco consulados que la República Popular tiene en Estados Unidos (Chicago, Los Ángeles, Nueva York y San Francisco son los otros), en adición a su embajada en Washington D. C. El consulado en Chengdú, abierto en la segunda oleada de apertura de representaciones consulares de Estados Unidos en China⁸, es una de las siete oficinas consulares estadounidenses en ese país (Guangzhou, Shanghái, Shenyang, Hong Kong, Macao y Wuhan, en proceso de reapertura, son los otros), que se suman a la misión diplomática en Beijing.

6. Ya antes de disponer el cierre de la oficina consular china, Estados Unidos venía adoptando una serie de medidas críticas respecto al gigante asiático. A principios de julio de 2020, Estados Unidos impuso sanciones a altos funcionarios chinos, incluido un miembro del Politburó, por su intervención en los crímenes contra los uigures en Sinkiang; agregó 11 compañías chinas a la lista negra del Departamento de Comercio, por complicidad en esas atrocidades; consideró ilegal la posición china en el Mar del Sur de China; revocó el estatus especial de Hong Kong en materia diplomática y comercial; y anunció que iniciará acciones penales contra cuatro ciudadanos chinos que, según las autoridades estadounidenses, eran espías del

⁷ DEPARTAMENTO DE ESTADO, «Charting the Course for Future U.S.-China Relations», *Dipnote*, 23 de marzo de 2017.

⁸ Estados Unidos y China suscribieron un *Acuerdo sobre el establecimiento mutuo de relaciones consulares y la apertura de Consulados Generales* (con anexo sobre arreglos prácticos), firmado en Washington el 31 de enero de 1979. Allí se establece que el gobierno de Estados Unidos acepta la apertura de Consulados Generales por parte del Gobierno de República Popular de China en San Francisco y Houston; mientras que China accede a la apertura de Consulados Generales estadounidenses en Guangzhou y Shanghái. Asimismo, arreglos prácticos (art. 8), ambas partes acuerdan discutir la apertura de oficinas consulares en otras ciudades según lo consideren necesario en el futuro, UNTS, vol. 1147, p. 179.

Ejército Popular de Liberación⁹. Tres días después, el Secretario de Estado, Mike Pompeo, cerró una serie de cuatro discursos por parte de altos funcionarios estadounidenses que caracterizaron al régimen chino como una amenaza ideológica para la libertad y la democracia a nivel mundial¹⁰. El Asesor de Seguridad Nacional, Robert O'Brien, el Director del FBI, Christopher Wray, el Fiscal General, William Barr, y Pompeo argumentaron que China busca exportar su ideología y «controlar el pensamiento» más allá de sus fronteras¹¹.

7. Al día siguiente de que el Departamento de Justicia acusara a dos piratas informáticos chinos de intentar robar la investigación de una vacuna contra el coronavirus, Estados Unidos ordenó a China el cierre de su consulado en Houston en un plazo de setenta y dos horas. En una declaración del 22 de julio de 2020, la portavoz del Departamento de Estado, Morgan Ortagus, fundamentó la medida señalando que se había adoptado para proteger la propiedad intelectual estadounidense y la información privada de ese país¹². Recordó además que las disposiciones de la CVRC establecen que los funcionarios consulares deben respetar las leyes y regulaciones del Estado receptor y abstenerse de interferir en los asuntos internos de ese Estado.

8. Los fundamentos de la decisión estadounidense ya se encuentran explicados en la Estrategia de Seguridad Nacional¹³, publicada en diciembre de 2017, en la que se «reconoce» que la relación chino-estadounidense «se caracteriza por la competencia estratégica» en los campos político, económico y militar. Asimismo, se subraya el uso de la tecnología e información para acelerar esta competencia con el fin de obtener un cambio en el equilibrio de poder regional a favor de China. La Estrategia señala que «cada año, competidores como China roban a Estados Unidos propiedad intelectual valorada en cientos de miles de millones de dólares. Robar tecnología patentada y las ideas iniciales permiten a los competidores aprovechar injustamente la innovación de las sociedades libres»¹⁴. A la adopción de este instrumento, le siguió la decisión de la administración Trump de gravar con importantes aranceles las importaciones chinas, por un valor de al menos 50.000 millones de dólares, en respuesta a lo que la Casa Blanca alegó como el robo chino de tecnología y propiedad intelectual de Estados Unidos¹⁵, lo que desató la guerra comercial entre ambos países, que escaló con una nueva decisión de la administración estadounidense de imponer nuevos aranceles, por un total de

⁹ «US-China relations: Would a Biden administration be softer than Trump on China?», *The Economist*, 30 de julio de 2020. China respondió estableciendo prohibiciones de viaje a varios legisladores estadounidenses.

¹⁰ ARREDONDO, R., «Lucha por la primacía del poder mundial», *Perfil*, 25 de julio de 2020.

¹¹ DEPARTMENT OF STATE, «Communist China and the Free World's Future», discurso de Michael R. Pompeo, Secretary of State, Yorba Linda, California, 23 de julio de 2020.

¹² FENG, E., «U.S. Orders China's Houston Consulate To Close», *NPR*, 22 de julio de 2020.

¹³ WHITE HOUSE, *National Security Strategy*, 18 de diciembre de 2017.

¹⁴ *Ibid.*, p. 10.

¹⁵ THOMAS, K. y WISEMAN, P., «Trump orders huge tariffs on China, raises trade war worries», *AP News*, 22 de marzo de 2018.

34.000 millones de dólares, a productos chinos¹⁶. China reciprocó la medida, aplicando aranceles sobre más de quinientos productos estadounidenses¹⁷. La articulación más clara de la política de la administración Trump hacia China y el endurecimiento significativo de la posición de Estados Unidos se expresaron en un discurso del Vicepresidente de Estados Unidos, Mike Pence, que enfatizó que Estados Unidos le daría prioridad a la competencia sobre la cooperación¹⁸.

9. A pesar del acuerdo comercial «Fase uno» firmado por el Presidente Trump y el Viceprimer Ministro chino Liu el 15 de enero de 2020¹⁹, que ahora parece haber quedado en un limbo, las tensiones siguieron escalando y, el 24 de julio de 2020, el Departamento de Estado emitió un comunicado²⁰ en el que señala al espionaje económico, el fraude de visas y el intento de robo de investigación científica como fundamentos del cierre del Consulado General chino en Houston. Allí se afirma que ese consulado desarrollaba actividades de espionaje e influencia que amenazan la seguridad nacional de Estados Unidos. Entre esas actividades se destaca la existencia de una red de miembros de las fuerzas armadas chinas que ocultaron su afiliación militar al solicitar visas de estudiantes²¹. Según Estados Unidos, los consulados chinos han estado brindando orientación a las personas de esa red acerca de cómo evadir y obstruir la investigación policial; han permitido la acción de equipos de agentes enviados desde China para coaccionar a rivales políticos del Presidente Xi, críticos del Partido Comunista y refugiados, obligándolos a regresar a China; permitieron el lobby directo sobre funcionarios estatales y locales, así como sobre empresarios, para favorecer los intereses chinos; han criticado públicamente a los activistas prodemocráticos de Hong Kong; y se albergan «sospechas» de que los consulados chinos tienen redes de observadores en los campus universitarios que informan sobre otros estudiantes y socavan la libertad de expresión. También se ha señalado que la oficina consular en Houston estuvo implicada en una investigación de fraude de subsidios a una institución de investigación de Texas y que en 2019 se condenó a un empresario de Houston, Shan Shi, por robo de secretos comerciales.

10. La suma de estas actividades del consulado chino en Houston habría superado lo que Estados Unidos «está dispuesto a aceptar» y, de acuerdo al comunicado, esta conducta amenazaba con volverse aún más agresiva tanto

¹⁶ OFICINA DEL REPRESENTANTE COMERCIAL DE ESTADOS UNIDOS (USTR), «USTR Releases Product Exclusion Process for Chinese Products Subject to Section 301 Tariffs», 6 de julio de 2018.

¹⁷ ZHONG, R., «China Strikes Back at Trump's Tariffs, but Its Consumers Worry», *New York Times*, 6 de julio de 2018.

¹⁸ WHITE HOUSE, «Remarks by Vice President Pence on the Administration's Policy Toward China», Washington, D. C., The Hudson Institute, 4 de octubre de 2018.

¹⁹ Disponible en <https://bit.ly/3bUDHXh>.

²⁰ DEPARTMENT OF STATE, OFFICE OF THE SPOKESPERSON, «Briefing With Senior U.S. Government Officials On the Closure of the Chinese Consulate in Houston, Texas», 24 de julio de 2020.

²¹ Uno de esos individuos es Tang Juan, quien se encontraba prófuga de la justicia, había buscado refugio en el Consulado chino en San Francisco y finalmente fue detenida por las autoridades estadounidenses. Véase DETSCH, J., «Was China's Houston Consulate Trying to Steal the Coronavirus Vaccine?», *Foreign Policy*, 24 de julio de 2020.

en Houston como en otros consulados chinos en todo el país. Por ello, la administración Trump decidió el cierre del consulado chino en Houston para interrumpir esta actividad, así como para disuadir comportamientos similares por parte de funcionarios chinos en otros consulados.

11. Obviamente, la medida no fue bien recibida por las autoridades chinas que la calificaron como una «escalada sin precedentes» y, aplicando el principio de la reciprocidad, dispusieron el cierre del Consulado de Estados Unidos en Chengdú. En la mañana del 24 de julio, el Ministerio de Relaciones Exteriores de China informó a la Embajada de Estados Unidos en China su decisión de retirar su consentimiento para el establecimiento y operación del Consulado General de Estados Unidos en Chengdú. El comunicado emitido por el Ministerio de Relaciones Exteriores chino consideró el cierre de su consulado en Houston como «una provocación unilateral» de Estados Unidos y estimó que esa medida es violatoria del Derecho internacional, las normas básicas de las relaciones internacionales y los términos del acuerdo consular bilateral existente. Por ello, juzgó que su decisión «es una respuesta legítima y necesaria al acto injustificado de Estados Unidos, conforme al Derecho internacional, las normas básicas de las relaciones internacionales y las prácticas diplomáticas consuetudinarias»²².

12. Por otra parte, China acusó a los funcionarios consulares estadounidenses de «actividades de infiltración e interferencia»²³, alegó que las autoridades estadounidenses retuvieron y abrieron valijas de correo diplomático chino en octubre y junio de 2019, lo que está expresamente prohibido por la CVRC²⁴, y dijo que parte del personal consular en el Consulado en Chengdú «estaba involucrado en actividades incompatibles con su estatus, ya que interferían con los asuntos internos y los intereses de seguridad de China»²⁵.

13. Una evaluación de las medidas adoptadas por Estados Unidos parece, en primera instancia, un tanto desconcertante, ya que las actividades citadas por la administración Trump son imprecisas y ambiguas y, en algunos supuestos, ni siquiera son atribuidas a funcionarios consulares o representantes de gobierno chino. Por otra parte, según la prensa especializada, Houston es una elección extraña para realizar acusaciones de espionaje²⁶. Según los medios, el trabajo de inteligencia chino en Estados Unidos se centra principalmente en el consulado en San Francisco y, en menor medida, en los de Nueva York y Chicago²⁷. El consulado chino en Houston se dedica principalmente a procesar documentación. Sin embargo, la decisión puede haber

²² MINISTRY OF FOREIGN AFFAIRS OF THE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA, «China's Foreign Ministry Telling US to Close its Consulate General in Chengdu», Beijing, 24 de julio de 2020.

²³ MINISTRY OF FOREIGN AFFAIRS OF THE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA, «Foreign Ministry Spokesperson Wang Wenbin's Regular Press Conference on July 24, 2020», Beijing, 24 de julio de 2020.

²⁴ CVRC, art. 35.3.

²⁵ PANDA, R., «Sino-US Ties: From Ping Pong Diplomacy to Tit-for-Tat Diplomacy», *Modern Diplomacy*, 27 de julio de 2020.

²⁶ DETSCH, J., *op. cit.*, nota 22.

²⁷ *Ibid.*

sido adoptada con relación al tamaño e importancia de la representación consular, dado que una medida similar sobre otras oficinas, como la de San Francisco, hubiera representado un golpe más duro, ya que la ciudad tiene una gran población chino-estadounidense y se procesa una gran cantidad de documentación en ese consulado.

14. Equitativamente, el consulado estadounidense en Chengdú es relativamente pequeño en comparación con las otras representaciones consulares estadounidenses, por lo que es posible suponer que China procuró no escalar el conflicto y mantenerlo en un nivel manejable, pues cerrar los consulados en centros financieros clave como Hong Kong y Shanghái hubiera desatado una tormenta mayor. Esto no significa que la oficina consular carezca de importancia. Dentro de su circunscripción se encuentra la región del Tíbet, donde las autoridades chinas han llevado a cabo una dura represión contra la minoría tibetana y han prohibido la entrada de diplomáticos y periodistas extranjeros al área.

15. Con posterioridad al cierre del consulado chino en Houston, funcionarios estadounidenses ingresaron por la fuerza en los locales de la oficina consular, lo que generó un nuevo comunicado del Gobierno chino expresando que dichos locales son de su propiedad y que, de acuerdo con la CVRC y el acuerdo consular entre ambos países, Estados Unidos no debería haber ingresado en los locales del consulado de ninguna manera²⁸. La parte china deploró y se opuso firmemente a esta actuación e hizo un reclamo formal al respecto. Asimismo, anunció que adoptaría contramedidas «legítimas y necesarias», lo que finalmente ocurrió en la mañana del 26 de julio, cuando funcionarios chinos ingresaron a la sede del consulado estadounidense en Chengdú²⁹.

3. LAS MEDIDAS ADOPTADAS EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL

16. Las decisiones tomadas por los gobiernos de Estados Unidos y China deben analizarse a la luz de un marco normativo compuesto, esencial pero no únicamente, por la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, la Convención Consular entre China y Estados Unidos de 1980 y, de modo más general, por el Derecho internacional vigente. A tal fin, a continuación se abordan los aspectos relacionados con: *a)* la decisión de ambos países de cerrar las oficinas consulares mencionadas; *b)* las conductas en las que supuestamente habrían incurrido los funcionarios chinos, en particular las alegaciones de espionaje y robo de propiedad intelectual; *c)* las inmunidades de los funcionarios consulares y la posibilidad de procesamiento penal,

²⁸ MINISTRY OF FOREIGN AFFAIRS OF THE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA, «Foreign Ministry Spokesperson Wang Wenbin's Remarks on the US Entry into China's Consulate General in Houston», Beijing, 26 de julio de 2020.

²⁹ POLLARD, M. Q. y PETER, T., «China seizes U.S. consulate in Chengdu, retaliating for Houston», *Reuters*, 26 de julio de 2020.

y d) las cuestiones referidas a la inviolabilidad de los locales de las oficinas consulares a la luz de los comportamientos de los funcionarios estadounidenses y chinos.

3.1. La decisión de ordenar el cierre de representaciones consulares

17. Si bien el derecho diplomático y consular gira alrededor del principio del consentimiento mutuo (arts. 2.1 y 4.1 CVRC)³⁰, a diferencia de lo que ocurre con el establecimiento de relaciones consulares, el cierre de una oficina consular es un acto de competencia discrecional que puede producirse a través de una decisión unilateral de un Estado, sea este el Estado que envía o el Estado receptor. Generalmente, este tipo de medidas se adoptan en circunstancias políticas excepcionales o conflictos armados, pero puede suceder que los Estados decidan hacerlo por otros motivos (dificultades presupuestarias, etc.).

18. Las circunstancias por las cuales un Estado decide suspender o terminar las relaciones consulares o determinar el cierre de una representación consular pueden deberse a la conducta particular del personal consular o por motivos completamente ajenos a estos funcionarios. Así, el art. 25 CVRC, de manera no taxativa³¹, dispone que las funciones de un miembro de la oficina consular terminarán, *inter alia*, por la notificación del Estado que envía al Estado receptor de que se ha puesto término a esas funciones; por la revocación del exequátur; por la notificación del Estado receptor al Estado que envía de que ha cesado de considerar a la persona de que se trate como miembro del personal consular. Las funciones de un miembro de una oficina consular también terminan si la oficina consular es retirada de manera temporal o permanente por el Estado que envía, si las relaciones consulares se rompen o por la desaparición del Estado que envía o el Estado receptor³².

19. Se ha discutido acerca de si el Estado receptor debe proporcionar razones para dar por terminadas las funciones de un funcionario consular o retirar su exequátur. Usualmente, no se brindan estas explicaciones. Los motivos que justifican la retirada del exequátur de un cónsul pueden no servir a su propósito, particularmente cuando la retirada no está relacionada con la conducta del cónsul sino con motivaciones de política gubernamental. Al respecto, el art. 23.4 CVRC determina que «el Estado receptor no estará obligado a exponer al Estado que envía los motivos de su decisión»³³. El art. 6

³⁰ En ese sentido, el art. 2 CCCEU dispone que la apertura de un consulado solo podrá establecerse mediante un acuerdo entre el Estado que envía y el Estado receptor y que la determinación de la sede del consulado, su clasificación y su circunscripción consular, así como cualquier cambio relacionado con estos aspectos, se realizará mediante un acuerdo entre el Estado que envía y el receptor.

³¹ La expresión «*inter alia*» incluida en la CVRC indica que otras circunstancias también pueden dar lugar a la terminación del estado consular.

³² ROBERTS, I., *Satow's Guide to Diplomatic Practice*, 6.^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2009, párr. 18.17, p. 256.

³³ Esta disposición guarda correlación con el art. 9.1 CVRD.

CCCEU estipula expresamente que el Estado receptor puede, en cualquier momento y sin tener que explicar su decisión, notificar al Estado que envía, a través de canales diplomáticos, que el jefe de un consulado es *persona non grata* o que cualquier otro miembro de un consulado es no aceptable. En tal caso, el Estado que envía deberá retirar a dicha persona o terminar sus funciones en el consulado. Sin perjuicio de ello, en el caso que nos ocupa, funcionarios estadounidenses brindaron una serie de razones por las cuales Estados Unidos habían decidido proceder al cierre del Consulado General de China en Houston (véase párr. 9). En ocasiones, los Estados receptores sí dan razones cuando retiran un exequátur por razones ajenas a la conducta de un cónsul, aunque en muchos de estos casos se limitan a invocar el «principio de reciprocidad», como lo hizo China respecto del cierre de la oficina consular estadounidense en Chengdú. Dado que la facultad conferida por art. 23 es discrecional y, por ende, no está sujeta a control mediante una evaluación objetiva de razones o pruebas, no se puede decir que las retorsiones sean una contravención de la Convención³⁴, como así tampoco que haya una práctica estatal que obligue a que los funcionarios elegidos en base a la reciprocidad deban ser seleccionados entre aquellos «sospechosos de actividades inapropiadas».

20. El art. 26 CVRC impone al Estado receptor, aun en caso de conflicto armado, la obligación de otorgar a los miembros de la oficina consular y sus familias el plazo necesario y las facilidades para que puedan preparar su viaje y salir lo antes posible, una vez que tales personas hayan terminado sus funciones³⁵. El art. 6 CCCEU prevé que, si el Estado que envía se niega o no retira al personal dentro de un plazo razonable, el Estado receptor puede retirar el reconocimiento de la persona en cuestión o negarse a considerarla como miembro del consulado.

21. La CVRC regula asimismo los supuestos de ruptura de relaciones consulares (art. 27.1) y la «clausura temporal o definitiva de una oficina consular» (art. 27.2), aunque guarda silencio sobre las razones que pueden ocasionar el cierre de una oficina consular, pudiendo responder a causas de diversa índole (jurídica, política, económica, social, etc.)³⁶. En la práctica, se utiliza una variedad de términos para referirse a la retirada del consentimiento del Estado receptor: «revocación de exequátur», «expulsión de cónsules» y «solicitud de retirada de cónsules». Todos estos términos presuponen que el Estado receptor tiene derecho a retirar el consentimiento para el ejercicio de funciones consulares de una persona dentro de su territorio³⁷.

³⁴ DENZA, E., *Diplomatic Law. Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 4.^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 68.

³⁵ Esta disposición está basada en el art. 44 CVRD, pero es más detallada y resuelve algunas de las ambigüedades existentes en la Convención de 1961.

³⁶ El art. 27 CVRC está inspirado en el art. 45 CVRD, aunque contiene disposiciones particulares para el caso de cierre de oficinas consulares sin rompimiento de relaciones diplomáticas, que se analizan en el punto 3.4.

³⁷ LEE, L. T. y QUIGLEY, J., *Consular Law and Practice*, 3.^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 86.

22. Consecuentemente, desde el punto de vista legal, no existen impedimentos para la toma de este tipo de medidas y, por tanto, solo pueden ser evaluadas desde lo político por su oportunidad, mérito o conveniencia. Si bien esta medida resulta drástica, debe ser considerada en el contexto de la rivalidad global entre China y Estados Unidos y, en particular, teniendo en cuenta los aspectos de la relación diplomática y consular bilateral. Sin dudas, se trata de una decisión de última instancia, que se debería procurar evitar por todos los medios posibles, ya que el cierre de una representación constituye una solución extrema que solo puede ser seguida por la suspensión o la terminación de las relaciones consulares entre los Estados.

3.2. Las conductas alegadas

23. El comunicado emitido por el Departamento de Estado alega, como fundamentos de su medida, el espionaje económico, fraude de visas e intento de robo de investigación científica. Si bien los artículos sobre responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI)³⁸ contempla diversos supuestos en los que puede comprometerse la responsabilidad del Estado, a los fines de este trabajo, enfocado en el cierre de oficinas consulares, debe distinguirse entre aquellos actos que puedan atribuirse a las representaciones consulares chinas en Estados Unidos, en particular el Consulado General en Houston, y a sus funcionarios, de otras conductas de personas que no son funcionarios del Gobierno chino ni obran bajo su dirección o control sobre las que la República China podría (o no) ser responsable dependiendo del caso.

24. Estados Unidos alega que el Consulado General chino en Houston desarrollaba actividades de espionaje e influencia que amenazan su seguridad nacional; que los consulados chinos han estado asistiendo, brindándoles orientación, a una red oculta de miembros de las fuerzas armadas chinas que escondieron su afiliación militar al solicitar visas de estudiantes sobre cómo evadir y obstruir la investigación policial; que han permitido la acción de equipos de agentes enviados desde China para coaccionar a rivales políticos del Presidente Xi, obligándolos a regresar a China; que permitieron el lobby directo sobre funcionarios y empresarios para favorecer los intereses chinos; que han criticado públicamente a los activistas prodemocráticos de Hong Kong; y se albergan «sospechas» de que los consulados chinos tienen redes de observadores en los campus universitarios que socavan la libre expresión. Por otra parte, se ha señalado que el consulado en Houston habría estado implicado en una investigación de fraude de subvenciones en una institución de investigación de Texas y que en 2019 se condenó a un empresario chino de Houston por robo de secretos comerciales.

³⁸ CDI, *Proyecto de artículos sobre Responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 56/83, 21 de diciembre de 2001, Doc. A/RES/56/83.

25. El fraude de visas y las alegaciones referidas al supuesto empresario chino detenido en Houston por robo de propiedad intelectual son actividades que caerían dentro de las conductas de particulares, a menos que pueda probarse la existencia de una instrucción o política estatal para que militares chinos oculten su vínculo con las fuerzas armadas al momento de solicitar sus visados de estudiante. ¿Es responsable el Estado por los actos de los particulares? La regla general es la no atribución del comportamiento de los particulares al Estado. Sin embargo, su responsabilidad puede surgir como consecuencia del incumplimiento de obligaciones que le incumben, como ser el deber general de mantener el orden, impedir que se cometan delitos y castigar a los delinquentes. En estos casos el ilícito del Estado consiste en no haber obrado con la diligencia debida para impedir y, en su caso sancionar, tales comportamientos. En adición a estos deberes, China podría ser además culpable de haberlos asistido logísticamente o de otra manera para la perpetración de los crímenes cometidos. Existen situaciones de *responsabilidad compartida* que a menudo ponen en juego la responsabilidad de las personas y otros actores privados y de los Estados³⁹. Sin perjuicio de ello, nos concentraremos a continuación en las alegaciones de espionaje económico e intento de robo de investigación científica por parte de funcionarios consulares chinos en Houston.

26. Dubuisson y Verdebout afirman que el espionaje internacional consiste en el acceso, por parte de un Estado, a la información en poder de otro Estado, considerada por este como confidencial o estratégica en el ámbito militar, de seguridad, político o económico. Esta concepción clásica ha evolucionado para incluir también programas de vigilancia implementados por agencias de inteligencia hacia individuos, así como espionaje industrial de empresa a empresa. Si bien durante mucho tiempo el espionaje tuvo lugar esencialmente en el espacio físico, en el siglo XXI se lleva a cabo principalmente en el ciberespacio. Contrariamente a lo que se supone de manera habitual, la noción se refiere exclusivamente a la recopilación de información y no a las operaciones encubiertas realizadas por los servicios secretos o agencias de inteligencia⁴⁰.

27. Los Estados han reconocido la existencia del espionaje y han promulgado leyes nacionales para prohibirlo⁴¹, pero el Derecho internacional nada dice al respecto⁴². Por ende, el espionaje no es legal ni ilegal según el Derecho internacional⁴³. En efecto, esta práctica nunca ha sido objeto de

³⁹ NOLLKAEMPER, A. y PLAKOKEFALOS, I., «The Practice of Shared Responsibility: A Framework for Analysis», en SCHECHINGER, J., NOLLKAEMPER, A. y PLAKOKEFALOS, I. (eds.), *The Practice of Shared Responsibility in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 20.

⁴⁰ Cfr. DUBUISSON, F. y VERDEBOUT, A., «Espionage in International Law», *Oxford Bibliographies*, DOI: 10.1093/OBO/9780199796953-0173.

⁴¹ En el caso de Estados Unidos el delito de espionaje está contemplado en el U. S. Code Title 18, Crimes and Criminal Procedure Part I, Crimes Chapter 37, Espionage and Censorship, Section 793. Gathering, transmitting or losing defense information.

⁴² BROWN, G., «Spying and Fighting in Cyberspace: What is Which?», *Journal of National Security Law & Policy*, vol. 8, 2016, núm. 3, pp. 621-635, esp. p. 621.

⁴³ RADSAN, A. J., «The Unresolved Equation of Espionage and International Law», *Michigan Journal of International Law*, vol. 28, 2007, núm. 3, pp. 595-623, esp. p. 596.

regulación por normas internacionales, siendo el Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra sobre la protección de víctimas de conflictos armados, de 1977, la única mención al respecto⁴⁴. Sin embargo, existen posturas enfrentadas respecto a la legalidad del espionaje a nivel internacional, ya que mientras algunos autores afirman que, en la medida en que no existe norma alguna que prohíba el espionaje, este es legal; otros estiman que, sin perjuicio de ello, esta actividad constituye una violación de la soberanía de los Estados y una intervención en sus asuntos internos, por lo que debería ser considerada ilegal. En este sentido, Navarrete y Buchan sostienen que actualmente la doctrina reconoce que el Derecho internacional se aplica al espionaje y admite que ciertas formas de espionaje violan normas internacionales⁴⁵.

28. Por otra parte, conviene aquí realizar una distinción entre el espionaje cibernético, consistente en la recolección de información, y la denominada «guerra cibernética», que va más allá de la indagación para incluir los ataques de actores estatales y no estatales realizados con la intención de generar un daño en los sistemas informáticos o las redes de información de un Estado u organización internacional mediante, por ejemplo, virus informáticos o ataques que buscan hacer colapsar los sistemas y producir interrupciones de los servicios informáticos. La guerra cibernética se está volviendo cada vez más prominente y frecuente en el escenario internacional. La lucha por la hegemonía, la influencia y el poder empuja a los actores internacionales, principalmente los Estados, a desarrollar sus capacidades cibernéticas para espiar, sabotear e influir en otros actores. La globalización y la proliferación de conocimientos técnicos, experiencia y tecnología han hecho que la guerra cibernética sea relativamente barata y fácil de ejecutar en comparación con la guerra convencional. La inadecuada regulación internacional ha contribuido a que la guerra cibernética sea especialmente lucrativa y ha dificultado la posibilidad de atribuir un ataque cibernético a un sujeto real, con lo cual las sanciones tradicionales resultan difíciles de justificar. Esto hace que la contención sea lenta, imprecisa e ineficaz⁴⁶. De hecho, diversos Estados y organizaciones internacionales han buscado diseñar e implementar mecanismos de contención para enfrentar estos desafíos⁴⁷. Por ejemplo, la Unión Europea ha reforzado sus normas sobre ciberseguridad «para hacer frente a la creciente amenaza que plantean los ataques cibernéticos y aprovechar las

⁴⁴ Este protocolo, en su art. 46, prevé el tratamiento que debe darse a los espías capturados por el enemigo, a quienes no se concede el derecho a ser tratados como prisioneros de guerra ni gozar de los privilegios de ese reconocimiento.

⁴⁵ NAVARRETE, I. y BUCHAN, R., «Out of the Legal Wilderness: Peacetime Espionage, International Law and the Existence of Customary Exceptions», *Cornell International Law Journal*, vol. 51, 2019, pp. 897-953, esp. p. 952.

⁴⁶ Al respecto, puede verse HODGSON, Q. E. *et al.*, «Fighting Shadows in the Dark. Understanding and Countering Coercion in Cyberspace», *Rand*, 2019, disponible en <https://bit.ly/32ogvNG>.

⁴⁷ El Center for Strategic and International Studies (CSIS) ha compilado un índice de las ciberestrategias y leyes existentes por país y territorio. El índice incluye estrategias nacionales que abordan la defensa cibernética nacional civil y militar, el contenido digital, la privacidad de los datos, la protección de la infraestructura crítica, el comercio electrónico y el delito cibernético, cfr. CSIS, «Global Cyber Strategies Index», disponible en <https://bit.ly/3irX0tm>.

oportunidades que presenta la nueva era digital». Así, el 9 de abril de 2019, el Consejo adoptó el denominado Reglamento sobre la Ciberseguridad⁴⁸.

29. Las normas específicas del derecho diplomático y consular referidas al espionaje presentan un panorama particular. Durante siglos, los roles del diplomático y el espía estuvieron estrechamente vinculados. Los embajadores recolectaban información de diversas maneras, algunos abiertamente, otros en forma clandestina. Los diplomáticos de Venecia y Rusia del siglo xv, por ejemplo, son reconocidos por ser especialmente efectivos en la obtención de información⁴⁹. Sin embargo, con el tiempo, las profesiones divergieron y los Estados adoptaron normas especiales al respecto. A los fines de este trabajo, nos enfocaremos en las disposiciones de la CVRC y la Convención consular chino-estadounidense, aunque la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 (CVRD) contiene disposiciones similares.

30. El derecho diplomático y consular impone una serie de obligaciones a las misiones diplomáticas y las oficinas consulares cuando operan dentro del territorio del Estado receptor. El art. 55.1 CVRC impone a todas las personas que gocen de privilegios e inmunidades la obligación de «respetar las leyes y reglamentos del Estado receptor» y «no inmiscuirse en los asuntos internos de dicho Estado»⁵⁰. El art. 41.1 CCCEU contiene una disposición similar.

31. La obligación de cumplir con la legislación local incluye la totalidad de dicha legislación nacional, incluido el Derecho penal, el Derecho civil, el Derecho laboral, el Derecho administrativo, el Derecho contravencional, etc. Por tanto, los funcionarios diplomáticos y consulares deben familiarizarse con la legislación del Estado receptor y adecuar su conducta a sus estipulaciones (lo que no siempre ocurre). Dado que casi todos los Estados adoptan normas internas (generalmente leyes penales) que prohíben el espionaje, incluido el espionaje cibernético, estas conductas inevitablemente dan lugar a una violación de los arts. 55.1 CVRC y 41.1 CCCEU.

32. La obligación de no interferir en los asuntos internos del Estado receptor es más amplia que el deber de respetar las leyes locales y tiene una finalidad política⁵¹. Asimismo, tiene un alcance mayor que el principio general de no intervención establecido tanto por el Derecho internacional consuetu-

⁴⁸ Véase CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, «Ciberseguridad en Europa: normas más estrictas y mejor protección», disponible en <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/cybersecurity/>.

⁴⁹ GENTRY, J. A., «Diplomatic Spying: How Useful Is It?», *International Journal of Intelligence and Counter Intelligence*, vol. 0, 2020, pp. 1-31, esp. p. 1.

⁵⁰ Una disposición similar se encuentra en el art. 41.1 CVRD.

⁵¹ La cuestión de qué cae dentro de los asuntos internos de un Estado no está definida por el Derecho internacional. Por ello, como lo sostuvo el Ministerio de Relaciones Exteriores de los Países Bajos con relación a la norma de la CVRD, no existen pautas internacionales para la aplicación del art. 41.1 y dudamos si sería posible desarrollar ese tipo de orientaciones, tomando en consideración la diversidad de opiniones existentes sobre lo que debería o no ser considerado como una interferencia inadmisibles en los asuntos internos de un Estado receptor, noción que además varía tanto de Estado a Estado como en el tiempo. Cfr. *Memorandum de respuesta del Poder Ejecutivo de los Países Bajos al Parlamento*, citado por DENZA, E., *op. cit.*, nota 35, p. 379.

dinario como convencional⁵². El deber de los Estados de no intervenir en los asuntos internos de otros Estados no prohíbe el espionaje porque la noción de intervención requiere coerción y el espionaje, si bien es intrusivo, no es coercitivo⁵³.

33. Aunque no existe una definición acordada sobre cuál es la interferencia prohibida por el art. 55.1 CVRC, la práctica estatal indica que los actos de espionaje y en particular el ciberespionaje son considerados una interferencia ilegal⁵⁴. La cuestión de si un funcionario diplomático o consular ha actuado bajo instrucciones de su Estado o no es de importancia secundaria, ya que la prohibición de interferir existe en beneficio del Estado receptor.

34. Como lo afirmara expresamente la Corte Internacional de Justicia (CIJ), los actos de espionaje por parte de funcionarios diplomáticos constituyen un abuso de sus funciones y no pueden considerarse como un medio legal a través del cual se pueda obtener información⁵⁵. Las disposiciones de las Convenciones de Viena de 1961 y 1963 procuran responder a aquellos casos en que los miembros del personal de una embajada o un consulado, al amparo de sus privilegios e inmunidades, cometen abusos de sus funciones como el espionaje o la interferencia en los asuntos internos del Estado receptor⁵⁶.

35. El Derecho internacional reconoce implícitamente a la recopilación de inteligencia como uno de los componentes tradicionales de la diplomacia y busca definir algunos límites de lo que es aceptable al respecto. Así, el art. 5.c) CVRC establece entre las funciones consulares la función de información. Las oficinas consulares, de manera similar a lo que sucede con las representaciones diplomáticas, deben ilustrarse por todos los *medios lícitos* de las condiciones y de la evolución de la vida comercial, económica, cultural y científica del Estado receptor, informar al respecto al gobierno del Estado que envía y proporcionar datos a las personas interesadas que así se lo requieran⁵⁷. Una disposición similar se encuentra en el art. 22.1.e) CCCEU. Los funcionarios diplomáticos y consulares solo pueden obtener la información por medios lícitos, como expresamente lo establecen las normas citadas, ya

⁵² Convención de Montevideo sobre derechos y deberes de los Estados (1933), art. 8; Declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención en los asuntos domésticos de los Estados y la protección de su independencia y soberanía, NU Doc A/RES/20/2131, 21 de diciembre de 1965; Declaración sobre los principios de Derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de la Naciones Unidas, Principio C, NU Doc A/RES/25/2625, de 24 de octubre de 1970; Declaración sobre la Inadmisibilidad de la Intervención y la Injerencia en los Asuntos Internos de los Estados, NU Doc A/RES/36/103, de 9 de diciembre de 1981.

⁵³ BUCHAN, R., *Cyber Espionage and International Law*, Londres, Hart Publishing, 2019, p. 64.

⁵⁴ Para un desarrollo detallado sobre la noción de interferencia diplomática, véase la excelente monografía de BEHRENS, P., *Diplomatic Interference and the Law*, Londres, Hart Publishing, 2018, Capítulo 2, «The concept of diplomatic interference today», pp. 40-56.

⁵⁵ En este sentido puede verse KISH, J. y TURNS, D., «Diplomacy and Espionage», en KISH, J. y TURNS, D., *International Law and Espionage*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1995, pp. 51-82.

⁵⁶ CIJ, *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, Judgment, ICJ Reports, 1980, p. 3, párr. 84.

⁵⁷ ARREDONDO, R., *op. cit.*, nota 5, p. 229.

que «de lo contrario el Estado receptor está legitimado para adoptar —y con seguridad lo hará— las medidas de autotutela pertinentes»⁵⁸.

36. El art. 55.2 CVRC establece que los locales consulares no deben ser utilizados «de manera incompatible con el ejercicio de las funciones consulares»⁵⁹. El espionaje en general y el cibernético en particular son violatorios de las normas establecidas en la legislación nacional del Estado receptor que regulan la cuestión y, por ende, implican una utilización de los locales de la misión de forma incompatible con el ejercicio de las funciones. De ello, se desprende que el uso de locales diplomáticos y consulares para realizar ciberespionaje no es una función permitida de las oficinas consulares (o las misiones diplomáticas), ya que dicha actividad está prohibida, *contrario sensu*, por el art. 55.2 CVRC⁶⁰.

37. Las redes y sistemas informáticos compatibles con la infraestructura cibernética ubicada dentro del Estado receptor (así como de la infraestructura cibernética ubicada dentro de otros Estados)⁶¹ no pueden considerarse como un «medio legal» de recopilación de información. Por tanto, el espionaje constituye una incompatibilidad con las funciones de las misiones diplomáticas y las oficinas consulares y es ilegal.

3.3. Las inmunidades de los funcionarios consulares

38. Desde los inicios de la institución consular se admitió que el Estado receptor se encuentra obligado a conceder a los funcionarios consulares los privilegios e inmunidades indispensables para el desempeño de sus funciones. Muchas de las reglas de la CVRC que establecen privilegios e inmunidades reflejan el derecho internacional consuetudinario anterior a la Convención, mientras que otras, que en el momento de la adopción de este instrumento representaban un desarrollo progresivo del Derecho internacional, actualmente son observadas de un modo tan general que se han convertido en derecho internacional consuetudinario y son respetadas incluso por el número limitado de Estados que no son parte de la Convención⁶².

39. Los Estados son soberanos y, por tanto, pueden decidir discrecionalmente entablar o no relaciones consulares con otros Estados, autorizar el establecimiento de una oficina consular en una localidad determinada o admitir a un individuo en particular como cónsul. Sin embargo, una vez que da su

⁵⁸ VILARIÑO PINTOS, E., *Curso de derecho diplomático y consular*, 6.ª ed., Madrid, Tecnos, 2016, Capítulo XII.

⁵⁹ Una disposición similar se encuentra en el art. 41.3 CVRD.

⁶⁰ BUCHAN, R., *op. cit.*, nota 54, p. 92.

⁶¹ SCHMITT, M. N., *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 229.

⁶² DENZA, E., «Diplomatic and Consular Immunities - Trends and Challenges», en RUYTS, T., ANGELET, N. y FERRO, L. (eds.), *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, p. 433; MILHAUPT, C. J., «The Scope of Consular Immunity under the Vienna Convention on Consular Relations: Towards a Principled Interpretation», *Columbia Law Review*, vol. 88, 1988, núm. 4, pp. 841-862, esp. p. 845.

consentimiento para ello, el Estado debe observar ciertas reglas de conducta tanto respecto de la oficina consular como respecto de sus funcionarios. La admisión de funcionarios consulares extranjeros implica, para el Estado receptor, el deber de proteger y salvaguardar a dicho personal en el desempeño de sus funciones oficiales y esta obligación comprende, entre otras, la de garantizar su seguridad personal y la de proteger a las oficinas consulares contra todo ataque.

40. La CVRC recoge el derecho consuetudinario existente en la materia y, de modo similar a la CVRD, no contiene una definición de qué debe entenderse por privilegios e inmunidades. La CVRC tampoco distingue entre ambos términos, sino que estos denotan un tratamiento especial o beneficio que se otorga a un determinado grupo de personas contemplado en dicho instrumento. Una muestra de esta indefinición es que la CVRC no agrupa ciertos asuntos bajo una categoría u otra, sino que se limita a especificar en qué consiste cada uno de ellos y a qué categorías de funcionarios se concede ese tratamiento especial⁶³.

41. En particular, la inmunidad de jurisdicción que disfrutaban los funcionarios consulares por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones es consecuencia del respeto debido a la soberanía del Estado extranjero del que son órganos. No se trata en este caso de una inmunidad personal, como la establecida en la CVRD, sino que la inmunidad de jurisdicción civil, penal y administrativa del funcionario consular de carrera es de naturaleza funcional, abarcando exclusivamente los actos oficiales ejecutados en ejercicio o con ocasión de sus funciones (art. 43.1 CVRC). El art. 13.1 CCCEU establece expresamente la inmunidad de jurisdicción penal de los funcionarios consulares y sus familias, a menos que sean nacionales de o residentes permanentes en el Estado receptor (art. 21 CCCEU). Esa inmunidad puede ser renunciada por el Estado que envía, que debe hacerlo de manera expresa y por escrito (art. 14 CCCEU).

42. Como se ha señalado precedentemente (véase párr. 36), el espionaje no es una función permitida de una oficina consular, por tanto, dicha conducta no podría ser considerada como un acto oficial. Al respecto, el art. 41.1 CVRC dispone que «los funcionarios consulares no podrán ser detenidos o puestos en prisión preventiva sino cuando se trate de un delito grave y por decisión de la autoridad judicial competente». La CVRC no define qué debe entenderse por «delito grave»; sin embargo, de los comentarios de la CDI a dicha norma surge que el delito debe ser de ese carácter⁶⁴.

43. En particular, con respecto al delito de espionaje, muchos Estados lo consideran una ofensa grave e imponen castigos severos, que incluyen en algunos casos la pena de muerte. Ello podría hacer suponer que los funcionarios consulares que incurrieran en estas conductas no gozarían de inmunidad penal y podrían ser arrestados y detenidos antes del juicio, siempre que esto sea conforme a una decisión firme de una autoridad judicial competente.

⁶³ LEE, L. y QUIGLEY, J., *op. cit.*, nota 38, p. 341.

⁶⁴ CDI, «Relaciones e inmunidades consulares», *Anuario 1961*, vol. II, pp. 129-130.

44. La práctica estatal muestra que en la mayoría de los supuestos en los que se ha alegado la comisión de este tipo de delitos el Estado receptor ha optado por declarar a los funcionarios *persona non grata* o ha procedido a la ruptura de relaciones⁶⁵. De hecho, la CIJ, al considerar las posibles contramedidas, ha expresado que el derecho diplomático y consular prevé la posibilidad de romper las relaciones (diplomáticas o consulares) o de declarar *persona non grata* a los miembros de las misiones diplomáticas o consulares que realicen actividades ilícitas⁶⁶.

45. Esta posibilidad parece confirmada por el Gobierno de Estados Unidos en su comunicado cuando manifiesta que las actividades llevadas a cabo por el Consulado General chino en Houston y sus funcionarios, «aunque es ilegal, no es necesariamente susceptible de cargos penales, entre otras razones, debido a la inmunidad diplomática (*sic*) que disfrutaban los funcionarios del consulado»⁶⁷. Por tanto, informaron que «no necesariamente se verán muchos enjuiciamientos vinculados específicamente al consulado de Houston como un medio para interrumpir esa actividad. Esa herramienta no está tan disponible para nosotros en este contexto como lo estaría en otros lugares»⁶⁸. De esto se desprende que las autoridades estadounidenses no llevarán adelante acciones judiciales contra los funcionarios chinos, contentándose con su expulsión del territorio de Estados Unidos.

46. Hasta que la persona interesada abandone el territorio del Estado receptor o en cuanto expire el plazo razonable que se le concede para ello, el Estado receptor se encuentra obligado a respetar los privilegios e inmunidades de los funcionarios consulares y sus familias, «incluso en caso de conflicto armado» (art. 53.3 CVRC)⁶⁹.

3.4. La inviolabilidad de la oficina consular

47. Con posterioridad a la decisión recíproca de proceder al cierre de los consulados en Houston y Chengdú, las autoridades de ambos gobiernos incurrieron en un comportamiento prohibido por la CVRC, ya que ingresaron por la fuerza en los locales del Estado que envía, esto es, las autoridades esta-

⁶⁵ Chesterman señala que la detención temporal de diplomáticos acusados de espionaje es bastante común, pero no se han registrado casos de enjuiciamiento por espionaje. Cfr. CHESTERMAN, S., «The Spy Who Came in From the Cold War: Intelligence and International Law», *Michigan Journal of International Law*, vol. 27, 2006, núm. 4, pp. 1071-1130, esp. p. 1088. Si bien ambas Convenciones de Viena no requieren que el Estado receptor brinde razones por las que procede a declarar a una *persona non grata*, la fórmula típicamente utilizada es que el agente diplomático o funcionario consular ha participado en «actividades incompatibles con su estatus diplomático (o consular, según sea el caso)».

⁶⁶ CIJ, *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, *op. cit.*, nota 57, párr. 85. Sobre la expulsión de diplomáticos véase ARREDONDO, R., «¿Una nueva guerra fría por otros medios? Las derivaciones del caso Skripal», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIX, 2019, pp. 43-79.

⁶⁷ Department of State, Office of the Spokesperson, «Briefing With Senior U.S. Government Officials On the Closure of the Chinese Consulate in Houston, Texas», 24 de julio de 2020.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ Esta disposición es similar a la contenida en el art. 39 CVRD.

dounidenses irrumpieron en la sede del Consulado General chino en Houston y lo propio hicieron los funcionarios chinos en el Consulado de Estados Unidos en Chengdú.

48. Esta conducta está en abierta violación de las normas de la CVRC, que establecen la inviolabilidad de los locales consulares (art. 31), de los archivos y documentos consulares (art. 33) —incluidos los de una oficina encabezada por un cónsul honorario (art. 61)— y de la correspondencia oficial y la valija consular (art. 35). El art. 10 CCCEU contiene una disposición especial al efecto, que expresa que los locales de las oficinas consulares serán inviolables. Las autoridades del Estado receptor no pueden ingresar a dichos locales sin el consentimiento del jefe del consulado o del jefe de la misión diplomática del Estado que envía o una persona designada por una de esas personas. Esta disposición se aplica de la misma manera a las residencias de los funcionarios consulares. Nótese que este artículo, a diferencia del art. 31.2 CVRC, no contempla la posibilidad de ingreso a los locales de la oficina «en caso de incendio, o de otra calamidad que requiera la adopción inmediata de medidas de protección», donde se presume que esa autorización existe. El Estado receptor tiene el deber especial de tomar todas las medidas necesarias para proteger los locales consulares contra cualquier intrusión o daño y para evitar cualquier alteración de la paz del consulado o menoscabo de su dignidad. Por su parte, la inviolabilidad de los archivos y documentos está contemplada en el art. 11 CCCEU.

49. La inviolabilidad implica para el Estado receptor una obligación en un doble sentido: por una parte, debe abstenerse de ejercer cualquier derecho soberano, en particular medidas coactivas contra los locales de la oficina consular; y a la vez tiene una obligación de protección. La CIJ se refirió a la existencia y contenido de la obligación de protección de los locales de la oficina consular en el asunto *Personal diplomático y consular de Estados Unidos en Teherán*, cuando afirmó que Irán, al no haber protegido los consulados estadounidenses en Tabriz y Shiraz, había incurrido en violaciones a la CVRC⁷⁰.

50. La inviolabilidad de la correspondencia y de los archivos consulares era una de las dos inmunidades que estaba universalmente reconocida en Derecho internacional antes de la adopción de la CVRC, dado que se consideraba que era absolutamente indispensable para el desempeño de las funciones consulares. De hecho, muchos autores interpretaban que la inviolabilidad de los locales en que se hallan los documentos y los archivos era un corolario lógico de esta última.

51. Tanto en el supuesto más extremo de ruptura de las relaciones consulares como en los casos de suspensión o cierre de oficinas consulares, los locales, bienes y archivos consulares deberán seguir siendo protegidos por el Estado receptor, aun en una situación de conflicto armado. El Estado que envía puede no solamente encargar la custodia de los locales, bienes y archivos

⁷⁰ CIJ, *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, op. cit., nota 57, párr. 67.

a otra oficina (de existir) en el Estado receptor; sino la continuación —ahora con el consentimiento de este— del ejercicio de sus funciones. De no contar el Estado que envía con otras oficinas, podrá confiar esa custodia a un tercer Estado, con aceptación del receptor [art. 27.2.a) y b) CVRC]. En cualquiera de estos supuestos, el Estado que envía podrá asimismo confiar tanto la custodia de sus locales como la protección de sus intereses y los de sus nacionales a un tercer Estado aceptado por el Estado receptor.

52. De las normas analizadas se desprende que tanto las autoridades estadounidenses como las chinas incurrieron en comportamientos incompatibles con las obligaciones establecidas por la CVRC para el Estado receptor; por lo que eventualmente esta situación podría dar lugar a reclamaciones recíprocas. Si bien China podría argumentar la reciprocidad para proceder al cierre del Consulado estadounidense en Chengdú, al haber ingresado por la fuerza en los locales de esa representación ha perdido la oportunidad de reclamar por las violaciones cometidas por Estados Unidos. Los funcionarios chinos, previendo esa posibilidad, procedieron a la quema de documentación antes de abandonar los locales de su oficina consular⁷¹.

4. REFLEXIONES FINALES

53. La pandemia del coronavirus ha servido como catalizador de divisiones que han estado minando el orden internacional durante años y las ha profundizado, exacerbando la rivalidad entre China y Estados Unidos y generando lo que algunos califican como un ascenso de un bipolarismo entrópico⁷². Esa competencia se ha ido expandiendo a diversos ámbitos de la relación bilateral y ha impactado sobre las relaciones diplomáticas y consulares entre ambos Estados.

54. Uno de los temas más acuciantes de ese vínculo que hoy se encuentra severamente dañado son las acusaciones estadounidenses de espionaje y robo de propiedad intelectual por parte del gigante asiático, que anteceden por mucho al cierre del Consulado General de la República Popular China en Houston.

55. Aunque el Derecho internacional general no contiene disposiciones referidas a la práctica del espionaje, las normas del derecho diplomático y consular vigentes aceptan implícitamente la recopilación limitada de inteligencia como un elemento inevitable de la diplomacia, aunque otorgan explícitamente al Estado receptor discreción absoluta para suspender o terminar las relaciones con el Estado que envía o declarar *persona non grata* o no aceptable a sus funcionarios. Por ello, a fin de resguardar los intereses del Estado receptor, las Convenciones de Viena sobre Relaciones Diplomáticas

⁷¹ FENG, E., *op. cit.*, nota 13.

⁷² SCHWELLER, R. L., «The Age of Entropy. Why the New World Order Won't Be Orderly», *Foreign Affairs*, 16 de junio de 2014.

(1961) y Relaciones Consulares (1963) han incluido una serie de reglas que establecen límites a la facultad del Estado que envía en materia de recolección de información, estableciéndose que dicha actividad debe realizarse por medios lícitos, que los locales de la misión no deben utilizarse para fines ajenos a sus funciones y que los representantes extranjeros, sean agentes diplomáticos o funcionarios consulares, deben cumplir con las leyes y reglamentos locales y abstenerse de intervenir en los asuntos internos del Estado receptor⁷³.

56. Este trabajo ha analizado el cierre de los consulados chino y estadounidense en ese contexto jurídico y en su faceta política, en particular a la luz de una práctica estatal que procura fundamentar las acciones del Estado receptor haciendo referencia a actividades «apropiadas» e «inapropiadas». El espionaje por parte de diplomáticos o cónsules extranjeros, en cualquiera de sus variantes, es calificado dentro de esta última categoría, dando lugar a la declaración de *persona non grata* del funcionario involucrado o, en su variante extrema, a la suspensión o terminación de las relaciones diplomáticas o consulares entre los Estados.

57. La relación diplomática y consular chino-estadounidense se ha visto seriamente afectada por la rivalidad estratégica entre China y Estados Unidos. Con posterioridad al cierre de los consulados, ha habido una escalada de medidas que afectan al personal diplomático y consular de ambos países. Estados Unidos decidió restringir la libertad de circulación y de tránsito de los agentes diplomáticos chinos en Estados Unidos, argumentando que, durante años, la República Popular China ha impuesto limitaciones significativas a los agentes diplomáticos y funcionarios consulares estadounidenses acreditados en la República Popular China, que van mucho más allá de las normas diplomáticas y que se han traducido en restricciones a la libertad de circulación, a la realización de reuniones, a la toma de contacto con el pueblo chino y acceso y uso de las redes sociales⁷⁴. Como era de esperarse, China reciprocó inmediatamente, estableciendo «contramedidas» de naturaleza similar⁷⁵. Inclusive se han observado episodios de violencia, como el ataque a un miembro del personal del Consulado General de Estados Unidos en Hong Kong, fuera de su lugar de trabajo⁷⁶.

58. Si bien es cierto que la libertad de tránsito del agente diplomático en el territorio del Estado receptor puede ser limitada o reglamentada «por razones

⁷³ La CVRD contiene además otras normas que buscan limitar la recolección de información sensible tales como las que se refieren a la necesidad de obtener el consentimiento previo para la designación de agregados militares (art. 7), al tamaño y composición de la misión (art. 11), la instalación de estaciones de radio (art. 27.1), el establecimiento de oficinas regionales (art. 12) y la posibilidad del Estado receptor de limitar la libre circulación de los funcionarios del Estado que envía, entre otras.

⁷⁴ DEPARTAMENTO DE ESTADO, «Advancing Reciprocity in U.S. - China Diplomatic Relations», comunicado de prensa del Secretario de Estado, Michael R. Pompeo, 2 de septiembre de 2020.

⁷⁵ CONSULATE GENERAL OF THE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA IN NEW YORK, «China takes countermeasures to US State Department's restrictions on activities of Chinese embassy and consulates and their personnel in the US», 11 de septiembre de 2020, disponible en <https://bit.ly/2Zx2b3P>.

⁷⁶ AFP, «US consulate employee attacked in Hong Kong», disponible en <https://bit.ly/3hvyJS1>.

de seguridad nacional» (arts. 26 CVRD y 34 CVRC)⁷⁷, las normas diplomáticas y consulares no solo no contemplan restricciones a la libertad de comunicaciones (arts. 27.1 CVRD y 35.1 CVRC), sino que además establecen la obligación de garantizarla por parte del Estado receptor, incluso en aquellos supuestos en que las garantías constitucionales puedan ser legítimamente suspendidas⁷⁸.

59. La administración Trump ha llevado adelante una estrategia sobre China que, al identificarla como la fuente de amenazas, conduce las relaciones bilaterales a un extremo tal que impide la cooperación incluso en asuntos de interés mutuo. Esto ha traído aparejado no solo una guerra comercial entre ellos, con daños colaterales significativos para el sistema internacional de comercio y la economía mundial⁷⁹, sino que esa falta de cooperación en la solución de desafíos globales afecta a la comunidad internacional en su conjunto, que se ve imposibilitada de articular respuestas eficaces frente a amenazas globales como el cambio climático, las pandemias, la pobreza o el hambre.

60. El deterioro de las relaciones diplomáticas y consulares entre China y Estados Unidos se inscribe en el marco de la rivalidad estratégica entre estas potencias. Sin embargo, hasta el momento, se ha canalizado a través de las normas del derecho diplomático y consular vigente, lo cual demuestra la resiliencia de estas disposiciones aún en situaciones críticas como las que se analizan en este trabajo. Esto subraya el hecho de que las Convenciones de Viena de 1961 y 1963 se han convertido en la piedra angular de las relaciones internacionales modernas, estableciendo un régimen homogéneo para la conducta de las relaciones diplomáticas y consulares que han resistido estoicamente las críticas y los presagios de fracasos. A pesar de que los Estados en ocasiones actúan por fuera de estas reglas, continúan recurriendo a los mecanismos previstos por ellas para enfrentar los desafíos y complejidades que la vida internacional les presenta, como se evidencia en la conducta de China y Estados Unidos analizada en este trabajo.

RESUMEN

DIPLOMACIA, ESPIONAJE Y ORDEN MUNDIAL: EL CIERRE DE CONSULADOS DE CHINA Y ESTADOS UNIDOS

Este trabajo analiza el contexto político y jurídico del cierre de los consulados chino en Houston y estadounidense en Chengdú en el marco del Derecho internacional en general y,

⁷⁷ Remiro Brotons señala que «en la práctica el Estado receptor, amparándose en esta excepción, restringe con frecuencia la libertad de circulación de los miembros de las Misiones de ciertos Estados, por razones políticas o como medida preventiva para evitar abusos (espionaje, terrorismo). Las restricciones consisten en supeditar cualquier desplazamiento a la concesión de un permiso o en limitar el área de desplazamientos», cfr. REMIRO BROTONS, A., *Derecho internacional público*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 584.

⁷⁸ VILARIÑO PINTOS, E., *Curso de derecho diplomático y consular*, 6.^a ed., Madrid, Tecnos, 2016, Capítulo XXIII.

⁷⁹ Véase ARREDONDO, R., «El asalto de Trump al derecho internacional: su impacto en la OMC», *Revista Peruana de Derecho Internacional*, vol. LXX, 2020, núm. 165, pp. 197-225.

específicamente, de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (CVRC) de 1963 y la Convención Consular China-Estados Unidos (CCCEU) de 1980.

En la primera parte se realiza una breve descripción del estado de las relaciones bilaterales entre China y Estados Unidos, para después considerar particularmente los aspectos relacionados con: *a)* la decisión de ambos países de cerrar las oficinas consulares mencionadas; *b)* las conductas que supuestamente habrían cometido los funcionarios chinos, en particular las alegaciones de espionaje y robo de propiedad intelectual; *c)* las inmunidades de los funcionarios consulares y la posibilidad de procesamiento penal, y *d)* las cuestiones referidas a la inviolabilidad de los locales de las oficinas consulares a la luz de los comportamientos de los funcionarios estadounidenses y chinos; y se concluye con unas reflexiones finales.

Palabras clave: relaciones consulares, consulados, inmunidades, inviolabilidad, espionaje, China, Estados Unidos de América.

ABSTRACT

DIPLOMACY, ESPIONAGE AND WORLD ORDER: THE CLOSURE OF CONSULAR OFFICES OF CHINA AND THE UNITED STATES

This paper analyzes the political and legal context of the closure of the Chinese consulates in Houston and the American one in Chengdu in the framework of international law in general and, specifically, of the Vienna Convention on Consular Relations (1963) and the Chinese Consular Convention - United States (1980).

In the first part, a brief description is made of the status of bilateral relations between China and the United States, and then it particularly considers aspects related to: *a)* the decision of both countries to close the aforementioned consular offices; *b)* the alleged conduct performed by Chinese officials, in particular, allegations of espionage and theft of intellectual property; *c)* the immunities of consular officials and the possibility of criminal prosecution, and *d)* issues related to the inviolability of consular premises. The paper concludes with some final thoughts.

Keywords: consular relations, consulates, immunities, inviolability, espionage, China, USA.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EUROPEO Y APLICACIÓN DE LAS DIRECTIVAS EUROPEAS PROTECTORAS DE LA PARTE CONTRACTUAL DÉBIL*

María CAMPO COMBA**

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. ART. 6 RI SOBRE LEY APLICABLE A CONTRATOS DE CONSUMO Y APLICACIÓN DE LAS DIRECTIVAS EUROPEAS EN MATERIA DE CONSUMO.—2.1. La redacción actual del art. 6 RI—2.2. La aplicación de las directivas en materia de consumo desde la perspectiva del Derecho internacional privado.—3. ART. 8 RI SOBRE LEY APLICABLE A CONTRATOS DE TRABAJO Y APLICACIÓN DE LAS DIRECTIVAS EUROPEAS EN MATERIA DE TRABAJO.—4. EL ART. 3.4 RI Y LA APLICACIÓN DEL DERECHO IMPERATIVO EUROPEO.—5. EL ART. 9 RI COMO POSIBLE MECANISMO DE PROTECCIÓN DE PARTES CONTRACTUALES DÉBILES.—6. REFLEXIÓN Y CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

1. El Reglamento Roma I¹ (de aquí en adelante, RI) determina la ley aplicable a los contratos en situaciones internacionales. Las normas de protección de los consumidores, trabajadores y otras partes débiles establecidas en diferentes directivas europeas resultan aplicables siempre y cuando la ley aplicable al contrato sea la ley de un Estado miembro. Las normas de la directiva se aplicarán de la manera en que dicho Estado miembro las implementó en su propio ordenamiento. Por ello, a pesar de la disparidad de objetivos entre las normas de Derecho internacional privado y las directivas europeas de protección de la parte débil, ambas deben estar correctamente coordinadas

* El presente estudio se enmarca dentro de la investigación doctoral resultante en la tesis doctoral «EU Private International Law on the Law Applicable to Cross-border Contracts involving Weaker Contracting Parties: Towards EU Market Integration?», Universidad de Groninga (Países Bajos), 2019 (CAMPO COMBA, M., *The Law Applicable to Cross-border Contracts involving Weaker Parties in EU Private International Law*, Springer International Publishing, 2021).

** Contratada posdoctoral en el proyecto «Public and Private Interests: A new balance» en la Facultad de Derecho de la Universidad Erasmus de Róterdam (EUR), Países Bajos (campocomba@law.eur.nl).

¹ Reglamento (CE) 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), DO L núm. 177, de 4 de julio de 2008.

para asegurar la aplicación de las directivas en materia de protección de la parte contractual débil de acuerdo con sus objetivos y ámbito de aplicación.

2. Históricamente, dos métodos principales de Derecho internacional privado han sido utilizados para determinar qué ley resulta aplicable en situaciones que tienen conexiones con más de un ordenamiento jurídico: el método unilateral y el método multilateral². El enfoque unilateral consiste en determinar el alcance espacial de una norma para determinar su aplicación, tomando la norma como punto de partida. El enfoque multilateral consiste en designar la ley aplicable a través de factores de conexión objetivos basados en la relación legal, independientemente de si resulta aplicable la ley del foro o una ley extranjera. En nuestro método de Derecho internacional privado europeo actual, la puridad de método ha sido rechazada, y se defiende el pluralismo metodológico³. Partiendo de una base mayoritariamente multilateral, numerosos principios y doctrinas han sido añadidos, como el principio de la autonomía de la voluntad, el principio de protección de la parte débil o la doctrina de las leyes de policía, tal y como muestra el Reglamento RI⁴.

3. En este contexto, este estudio analiza hasta qué punto las normas de conflicto del Reglamento RI y el método seguido se adaptan a las necesidades de las directivas europeas de protección de la parte contractual débil y, en general, a la realidad europea. Para ello, el análisis se centrará en los consumidores y los trabajadores como partes débiles estructurales que, por un lado, se regulan por normas de conflicto similares en el Reglamento RI y, por otro, se protegen por directivas europeas que persiguen objetivos económicos y sociales esenciales para el mercado interior⁵. En primer lugar, la relación entre la ley aplicable a los contratos de consumo (art. 6 RI) y la aplicación de las directivas europeas en materia de consumo es objeto de estudio⁶. Seguidamente, se analiza la coordinación entre la ley aplicable a los contratos de trabajo (art. 8 RI) y la aplicación de las directivas europeas en materia de trabajo. Además, se examina el papel del art. 3.4 RI, introducido en el Regla-

² SIEHR, K., «Private International Law, History of», en BASEDOW, J. et al. (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2017; BASEDOW, J., «Private International Law, Methods of», en BASEDOW, J. et al. (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2017.

³ A partir de la década de 1960, la exclusividad del método multilateral de Derecho internacional privado fue cuestionada, y la necesidad de cierta flexibilidad y adaptación a la realidad legal y social fue puesta en evidencia: GONZÁLEZ CAMPOS, J., «El paradigma de la norma de conflicto multilateral», *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 5239-5242; MARQUES DOS SANTOS, A., *As normas de aplicação imediata no direito internacional privado*, Coimbra, Livraria Almedina, 1991; MAYER, P., «Le mouvement des idées dans le droit des conflits de lois», *Droits*, 1985, p. 129; AUDIT, B., «Le caractère fonctionnel de la règle de conflit», *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1984, p. 223, esp. p. 219.

⁴ TEN WOLDE, M. H. y HENCKEL, K. C., *European Private International Law: A Comparative Perspective on Contracts, Torts and Corporations*, Groningen, Hephaestus Publishers, 2012, pp. 9-11.

⁵ Otras partes débiles presentes en el Reglamento RI (pasajeros y ciertos tomadores de seguro), así como otras partes contractuales que, en menor medida, pueden ser consideradas débiles (agentes comerciales, distribuidores o franquiciados), quedan fuera del análisis de este estudio.

⁶ Los problemas derivados de la interacción entre directivas en materia de comercio electrónico o privacidad y Derecho internacional privado no serán objeto de análisis en este estudio.

mento RI precisamente con la intención de adaptarlo a las necesidades de las disposiciones imperativas derivadas de instrumentos europeos. A continuación se analiza el art. 9 RI como posible mecanismo de protección de la parte contractual débil cuando las normas especiales previstas para ello no son suficientes. Mientras que el recurso al mecanismo de las leyes de policía del art. 9 RI ha sido en algunas ocasiones defendido para complementar dichos casos, este estudio cuestionará el uso de las leyes de policía como mecanismo para asegurar la aplicación de disposiciones derivadas de directivas europeas de protección de la parte contractual débil. Finalmente, el estudio concluye con una reflexión acerca del actual método de Derecho internacional privado en la Unión Europea y ciertas propuestas sobre el Reglamento RI.

2. ART. 6 RI SOBRE LEY APLICABLE A CONTRATOS DE CONSUMO Y APLICACIÓN DE LAS DIRECTIVAS EUROPEAS EN MATERIA DE CONSUMO

2.1. La redacción actual del art. 6 RI

4. El art. 6 RI limita la libre elección de ley por las partes para evitar un posible abuso de la parte «fuerte» del contrato. En vez de eliminar toda posibilidad de elección de ley, el art. 6.1 RI dispone que las normas de la ley elegida por las partes no deben ser más perjudiciales para el consumidor que las normas imperativas de la ley aplicable en ausencia de elección de ley. La ley aplicable en ausencia de elección es la ley del país de residencia habitual del consumidor. En el caso de los contratos de consumo protegidos por el art. 6 RI, los «riesgos de internacionalidad» del contrato son asumidos por el profesional, ya que es quien crea dichos riesgos y posibles costes cuando dirige sus actividades al país de residencia habitual del consumidor⁷. Debido al ámbito material y territorial limitado del art. 6 RI, dicho precepto no cubre todos los contratos de consumo. En general, las legítimas expectativas de los consumidores y motivos de previsibilidad por parte del profesional justifican que ciertos contratos de consumo no estén cubiertos por el art. 6 RI. Sin embargo, hay determinadas «lagunas» de protección en el art. 6 RI que conducen a que las disposiciones imperativas de Derecho europeo no sean aplicables aun cuando estas parecen tener la intención de serlo.

5. En primer lugar, en referencia a la excepción material del art. 6.4.a) RI sobre «contratos de prestación de servicios, cuando los servicios deban

⁷ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., «La racionalidad económica del Derecho internacional privado», *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2002, núm. 1, pp. 87-134, esp. pp. 128, 131-133 y 147. Los criterios que determinan cuando un profesional está dirigiendo actividades al país de residencia habitual de un consumidor se definen en el art. 6 RI, junto con el art. 17 del Reglamento 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición), DO L núm. 351, de 20 de diciembre de 2012, y la jurisprudencia relacionada (p. ej., STJUE de 7 de diciembre de 2010, *Pammer y Alpenhof*, C-585/08 y C-144/09, ECLI:EU:C:2010:740).

prestarse al consumidor, exclusivamente, en un país distinto de aquel en que el mismo tenga su residencia habitual» (curso de idiomas, alojamiento en un hotel, etc.), o la exclusión de consumidores activos en general, el Reglamento RI no ofrece una solución completamente satisfactoria⁸. En estos casos, el consumidor es tratado de la misma manera que el profesional, ya que no hay restricciones a la libre elección de ley. Un consumidor activo, como puede ser un consumidor holandés que adquiera *souvenirs* por su propia iniciativa mientras se encuentra de vacaciones en Barcelona, se encuentra fuera del ámbito de aplicación del art. 6 RI. Si bien es cierto que dicho consumidor no podría esperar que las disposiciones de Derecho holandés fuesen aplicables a dicha transacción, se encontraría dentro del mercado interior europeo y por tanto sí podría esperar el respeto de ciertos estándares mínimos europeos⁹. Sin embargo, el art. 3.1 RI permite la libre elección de ley, y la limitación del art. 3.4 RI solamente asegura la aplicación de la protección imperativa europea al consumidor cuando todos los elementos relevantes de la situación estén localizados dentro de la Unión Europea¹⁰. Por ejemplo, si el curso es ofrecido en España por una empresa con base en Estados Unidos, se puede considerar que no todos los elementos relevantes están en la Unión Europea y, consecuentemente, el consumidor holandés perdería toda protección europea. Es cierto que desde el punto de vista del Derecho internacional privado este consumidor no necesita la misma protección que los consumidores protegidos bajo el art. 6 RI, ya que los riesgos de internacionalidad que justifican la protección del art. 6 RI son asumidos, en este caso, por el consumidor activo al salir de su país y contratar activamente con un empresario extranjero. Sin embargo, desde el punto de vista del *acquis* comunitario, la legítima expectativa del consumidor que disfruta de las libertades comunitarias debe conllevar un cierto nivel de protección cuando actúa dentro de la Unión Europea¹¹.

6. Asimismo, el caso de los consumidores «móviles» o de vacaciones por la Unión Europea se encuentra fuera del ámbito de protección del art. 6 RI. Imaginemos un caso en el que una empresa establecida en Marruecos dirige algunas de sus actividades a turistas en el sur de España, organizando *tours* y eventos de venta. Un consumidor alemán de vacaciones en España participa en estos *tours* y adquiere alguno de los electrodomésticos que dicha empresa ofrece durante los eventos de venta. En este caso, si el contrato contiene una

⁸ Además, ha de tenerse en cuenta que la situación contemplada en el art. 6.4.a) RI sí se encontraría dentro de la norma de protección de los consumidores en materia de jurisdicción (art. 17 del Reglamento 1215/2012) pero se excluye de la norma de protección en materia de ley aplicable del art. 6 RI en base a que, en dichos casos, el consumidor no puede esperar razonablemente la protección de su propio ordenamiento; GIULIANO, M. y LAGARDE, P., Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, DOCE C-327, de 11 de diciembre de 1992 (Informe GIULIANO y LAGARDE), p. 24.

⁹ AÑOVEROS TERRADAS, B., «Consumidor residente en la Unión Europea vs. consumidor residente en un estado tercero: a propósito de la propuesta del reglamento Roma I», *AEDIP*, vol. 6, 2006, pp. 379-401, esp. p. 393.

¹⁰ Véase *infra*, apdo. 4.

¹¹ AÑOVEROS TERRADAS, B., *op. cit.*, nota 9, pp. 393-394.

cláusula de elección de ley a favor de la ley marroquí, el consumidor alemán no se encontraría amparado por la protección del art. 6 RI, ya que las actividades de la empresa marroquí no se dirigen a Alemania, su país de residencia habitual, sino a España. El consumidor alemán tan solo podría disfrutar de la protección del artículo mencionado si la empresa marroquí dirigiese también sus actividades comerciales a Alemania. Por tanto, los consumidores «móviles» o de vacaciones por la Unión Europea se encuentran excluidos del art. 6 RI. De acuerdo con los arts. 3 y 4 RI, las partes son libres de elegir la ley aplicable al contrato (y, muy comúnmente, el profesional incluirá una cláusula de elección a favor de su propia ley) y, en defecto de elección de ley, el art. 4 probablemente conducirá a la aplicación de la ley del país donde el profesional esté establecido. Sin embargo, ¿no podría un consumidor residente en un Estado miembro, tras haber sido objeto de las actividades dirigidas por un profesional extranjero a otro Estado miembro durante su estancia allí, esperar la aplicación del estándar mínimo europeo de protección del consumidor? Al fin y al cabo, aunque dicho consumidor no se encuentra en su país de residencia habitual, estaría contratando dentro del mercado interior europeo¹². La libertad de movimiento de productos, servicios y personas dentro del mercado interior, además de garantizar el derecho de los consumidores a desplazarse y obtener un producto o servicio, también debiera garantizar que el consumidor tuviera la libertad de elegir entre las diferentes ofertas de bienes y servicios entre Estados miembros bajo las mismas condiciones que los consumidores con residencia habitual en el Estado miembro¹³. Lo contrario sería incompatible con los objetivos de la Unión Europea.

7. Dichas deficiencias ponen en duda la idoneidad del art. 6 RI con respecto a los objetivos de las directivas europeas de consumo. Es importante tener en cuenta que el Derecho de la Unión Europea y el Derecho internacional privado tienen diferentes puntos de partida y objetivos. Mientras que las directivas europeas de consumo persiguen el buen funcionamiento del mercado interior a través de la armonización de un estándar de protección común al consumidor, promoviendo a su vez la libre circulación de mercancías y servicios y la libertad de establecimiento, el Derecho internacional privado se basa en principios diferentes. Desde un punto de vista tradicional multilateral savigniano, las normas de conflicto buscan designar la ley aplicable a una relación jurídica determinando la conexión más estrecha a partir de la relación individual. El Reglamento RI, además, incluye otros principios y doctrinas. Por ejemplo, para proteger valores sociales importantes derivados del Derecho sustantivo, como la protección al consumidor, la norma de conflicto conduce a la ley del país que tiene mayor interés en la aplicación de su ley, correspondiente con las expectativas de las partes del contrato¹⁴. Sin

¹² ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., «Contratos de consumo en el tráfico comercial UE-terceros estados», *AEDIPr*, vols. 14-15, 2014-2015, pp. 277-303, esp. pp. 298, 299.

¹³ AÑOVEROS TERRADAS, B., *op. cit.*, nota 9, p. 394.

¹⁴ DE BOER, T. M., «Facultative Choice of Law: The Procedural Status of Choice-of-Law Rules and Foreign Law», *Collected Courses of the Hague Academy of international Law*, vol. 257, 1996, p. 279.

embargo, los valores derivados del espacio de libertad, seguridad y justicia y del correcto funcionamiento del mercado interior parecen no estar reflejados de manera suficiente en el Reglamento.

2.2. La aplicación de las directivas en materia de consumo desde la perspectiva del Derecho internacional privado

8. La aplicabilidad de las directivas de consumo es objeto de debate. Algunas directivas de consumo contienen las denominadas «normas con incidencia en la ley aplicable» que definen el ámbito de aplicación espacial del instrumento¹⁵. Su objetivo es asegurar la aplicación de la protección de la directiva respectiva aun cuando las partes elijan una ley de un Estado tercero pero la situación mantenga vínculos estrechos con el territorio de la Unión¹⁶. Por ejemplo, el art. 6.2 de la Directiva 93/13/CEE¹⁷ expresa: «Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección que ofrece la presente Directiva por el hecho de haber elegido el Derecho de un Estado tercero como Derecho aplicable al contrato cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad». Encontramos disposiciones similares en el art. 12.2 de la Directiva 2002/65/CE¹⁸, el art. 7.2 de la Directiva 1999/44/CE¹⁹ y el art. 22.4 de la Directiva 2008/48/CE²⁰. Estas disposiciones difieren ligeramente en su redacción, pero siguen el mismo método: determinan el ámbito de aplicación de la directiva respectiva pero permanecen en silencio acerca de la aplicación de Derecho extranjero²¹. El objetivo del correcto funcionamiento

¹⁵ Antes de la introducción de este tipo de normas, la primera generación de directivas en materia de consumo guardaban silencio en cuanto a su ámbito de aplicación internacional y cuestiones de Derecho internacional privado. Sin embargo, pronto se puso en evidencia que la norma que determinaba la ley aplicable a los contratos de consumo permitía evitar la protección proporcionada por las directivas. LEIBLE, S., «Article 6 Rome I and Conflict of Laws in EU Directives», *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 4, 2015, núm. 1, pp. 39-44, esp. p. 39; MORSE, C. G. J., «Consumer Contracts, Employment Contracts and the Rome Convention», *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 41, 1992, pp. 1-21 esp. p. 11.

¹⁶ WILDERSPIN, M., «Article 6: Consumer Contracts», en MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P. (eds.), *Rome I Regulation - Commentary*, Cologne, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2016, p. 485; KUIPERS, J. J., *EU Law and Private International Law: The Interrelationship in Contractual Obligations*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, p. 181 y ss.

¹⁷ Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, DO L núm. 95, de 21 de abril de 1993.

¹⁸ Directiva 2002/65/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE, DO L núm. 271, de 23 de septiembre de 2002.

¹⁹ Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, DO L núm. 171, de 7 de julio de 1999.

²⁰ Directiva 2008/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo, DO L núm. 133, de 22 de mayo de 2008.

²¹ El art. 12.2 de la Directiva 2008/122/CE relativa al aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico, DO L núm. 33, de 3 de febrero de 2009, constituye una excepción. Además, en

del mercado interior sirvió como justificación para la introducción de normas con incidencia en la ley aplicable como un mecanismo inicialmente dirigido a cubrir las lagunas del Convenio de Roma (CR) respecto a las necesidades especiales de las directivas de consumo²². Con respecto al tema que nos concierne, la deficiencia mostrada por el art. 5 CR sobre contratos de consumo se debía a su redacción completamente al margen de las necesidades del sistema de la Comunidad Europea. Tal como se mostró en los casos Gran Canaria ante los tribunales alemanes, la redacción del art. 5 CR no aseguraba la aplicación de la protección al consumidor prevista por las directivas europeas de consumo²³. En estos casos, el ámbito de aplicación reducido del art. 5 CR llevó a que este no resultara aplicable a contratos de consumo celebrados por consumidores alemanes de vacaciones en Gran Canaria cuando estos fueron contactados en alemán para la celebración de contratos para la compra de bienes domésticos y contratos de multipropiedad. Como consecuencia, las directivas europeas correspondientes no resultaron aplicables²⁴. Con la intención de asegurar la protección al consumidor que el CR parecía no garantizar, el legislador europeo introdujo las normas con incidencia en la ley aplicable en la segunda generación de directivas europeas en materia de consumo²⁵.

9. Sin embargo, la introducción de normas con incidencia en la ley aplicable ha suscitado ciertas dificultades con respecto al sistema de Derecho internacional privado²⁶. En primer lugar, debido a que tienen que ser incor-

vez de requerir una conexión flexible (vínculos estrechos), exige una conexión rígida con el territorio, estableciendo que: «Si la normativa aplicable fuera la de un tercer país, el consumidor no quedará privado de la protección que le otorga la presente Directiva, tal como la aplique el Estado miembro del foro: si alguno de los bienes inmuebles en cuestión está situado en el territorio de un Estado miembro, o en el caso de un contrato no directamente relacionado con un bien inmueble, si el comerciante ejerce sus actividades comerciales o profesionales en un Estado miembro o por cualquier medio dirige estas actividades a un Estado miembro y el contrato está comprendido en el marco de dichas actividades». Sobre la transposición española de dicha directiva y aspectos de Derecho internacional privado derivados de las misma, véase CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «La Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias. Aspectos de Derecho internacional privado», *REDI*, vol. 65, 2013, núm. 1, pp. 281-284.

²² ESTEBAN DE LA ROSA, F., «El sistema europeo y español de ley aplicable a los contratos de consumo transfronterizos: el modelo de dispersión normativa para el Derecho privado de la integración», *Revista Agenda Internacional*, vol. 13, 2007, núm. 24, pp. 409-441, esp. p. 415.

²³ WILDERSPIN, M., *op. cit.*, nota 16, p. 484; FRANCO, S., «The Scope of Secondary Community Law in the Light of the Methods of Private International Law - or the Other Way Around?», en SARCEVIC, P., VOLKEN, P. y BONOMI, A. (eds.), *Yearbook of Private International Law*, vol. 8, Múnich, Sellier, European Law Publishers and Swiss Institute of Comparative Law, 2006, pp. 340-341; BASEDOW, J., «Consumer Contracts and Insurance Contracts in a Future Rome I-Regulation»; MEEUSEN, J., PERTEGÁS M. y STRAETMANS, G. (eds.), *Enforcement of International Contracts in the European Union: Convergence and Divergence between Brussels I and Rome I*, Intersentia, 2004, pp. 276-278.

²⁴ WILDERSPIN, M., *op. cit.*, nota 16, p. 484; FRANCO, S., *op. cit.*, nota 23, pp. 340-341; KUIPERS, J. J., *op. cit.*, nota 15, pp. 212-214.

²⁵ ESTEBAN DE LA ROSA, F., *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*, Granada, Comares, 2003, pp. 132; PAREDES PÉREZ, J. I., «La necesidad de una nueva norma de conflicto bilateral sobre contratos de consumo. Propuesta de *lege ferenda*», *AEDIPr*, vol. 6, 2006, pp. 87-114; WILDERSPIN, M., *op. cit.*, nota 16, p. 485.

²⁶ Véase RAGNO, F., «The Law Applicable to Consumer Contracts Under the Rome I Regulation», en FERRARI, F. y LEIBLE, S. (eds.), *Rome I Regulation*, Munich, Sellier, European Law Publishers, 2009,

poradas en los ordenamientos nacionales de los Estados miembros, la vaguedad en su redacción ha resultado en difíciles y diversas transposiciones en los diferentes ordenamientos nacionales, resultando en un sistema paralelo de Derecho internacional privado europeo. Mientras que las normas con incidencia en la ley aplicable requieren la aplicación de la directiva cuando las partes eligen una ley de un Estado tercero como aplicable pero la situación mantenga vínculos estrechos con el territorio de la Unión Europea, cada Estado miembro puede llevar a cabo interpretaciones distintas, lo que derivaría en incoherencias en torno a la transposición de la referencia al territorio de los Estados miembros y el término «vínculos estrechos».

10. En cuanto a la referencia al territorio de los Estados miembros, algunas transposiciones nacionales hacen referencia en su lugar al territorio nacional, determinando la aplicación de la ley del foro e ignorando la ley de otros Estados miembros²⁷. Por ejemplo, la ley alemana correspondiente a la transposición del art. 6.2 de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas exigía la aplicación de la ley alemana cuando el contrato tuviera una conexión estrecha con Alemania²⁸. Esta norma tomaba un enfoque unilateral que aseguraba la aplicación de la ley nacional y que, aunque aseguraba la protección mínima de la directiva, imponía unilateralmente la aplicación de la ley alemana. La transposición italiana de este tipo de normas tomó la misma dirección²⁹. En cuanto al ordenamiento español, en el cual la transposición de las directivas tuvo lugar originalmente en textos diferentes, la transposición de normas con incidencia en la ley aplicable tampoco se corresponde con el texto original de la directiva. Por ejemplo, la transposición del art. 7.2 de la directiva sobre venta de bienes de consumo disponía que las normas españolas debieran ser aplicables independientemente de la ley elegida por las partes (art. 13 de la Ley 23/2003, de 10 de julio). Asimismo, la transposición del art. 12.2 de la directiva relativa a la comercialización a

pp. 188-189; JAYME, E. y KOHLER, C., «L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté Européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome», *Revue critique de droit international privé*, vol. 1, 1995, núm. 84, pp. 11-36. Incluso en el Libro Verde de la Comisión sobre la transformación del Convenio de Roma en el Reglamento Roma I se comentaba que la proliferación de este tipo de normas era fuente de preocupación, refiriéndose, entre otros motivos, a los problemas relacionados con su transposición en los ordenamientos de los Estados miembros y la dispersión de normas de conflicto entre diferentes instrumentos [Libro verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización, COM(2002) 654 final, pp. 17-18].

²⁷ FALLON, M. y FRANCO, S., «Towards Internationally Mandatory Directives for Consumer Contracts?», *Private Law in International Arena. Liber Amicorum K. Siehr*, 2000, p. 166; KUIPERS, J. J., *op. cit.*, nota 16, p. 188.

²⁸ Ley de 19 de julio de 1996, BGBl. 1996, I, 1013, art. 1. Más tarde, el art. 29.a) EGBGB, en implementación de varias normas con incidencia en la ley aplicable de las directivas sobre consumo, siguió la redacción de dichas normas refiriéndose al territorio de los Estados miembros. La entrada en vigor del Reglamento RI derogó esta norma en 2009.

²⁹ Por ejemplo, la transposición italiana del art. 12.2 de la Directiva 2002/65/CE a través del art. 67 *octiesdecies*, párr. 2, del Código de Consumo italiano, disponía que cuando las partes eligen como aplicable un ordenamiento diferente al ordenamiento italiano, el consumidor recibirá igualmente la protección proporcionada por la misma sección (la cual transpone las normas de la directiva). Véase RAGNO, F., *op. cit.*, nota 26, pp. 159-161.

distancia de servicios destinados a los consumidores exigía la aplicación de los derechos conferidos por el decreto ley incluso cuando la ley aplicable no fuera la ley española (art. 48 de la Ley 47/2002, de 19 de diciembre). Las diferentes transposiciones de los Estados miembros con respecto al ámbito territorial de las directivas de consumo derivan en una especie de sistema de Derecho internacional privado intracomunitario paralelo al Reglamento RI. Un número importante de normas con incidencia en la ley aplicable se implementan como normas de conflicto unilaterales por los Estados miembros, imponiendo la aplicación de las normas nacionales incluso ante la ley de otros Estados miembros y dificultando que el consumidor se beneficie de una posible mejor protección proporcionada por otro Estado miembro. Este sistema paralelo interfiere con el art. 6 RI cuando, por ejemplo, el contrato de consumo se encuentra dentro del ámbito del art. 6 RI y las partes eligen la ley de otro Estado miembro como aplicable. De acuerdo con el art. 23 RI, «el presente Reglamento se entenderá sin perjuicio de la aplicación de disposiciones del Derecho comunitario que, en materias concretas, regulen las normas de conflicto de leyes relativas a las obligaciones contractuales». Sin embargo, las normas nacionales mencionadas no debieran prevalecer sobre las disposiciones del Reglamento RI si uno tiene en cuenta el hecho de que dichas normas nacionales no reflejan el razonamiento tras las directivas, que en ningún momento tenían la intención de imponer la aplicación de la ley nacional de un Estado miembro sobre la ley de otros Estados miembros³⁰.

11. Por otro lado, en la implementación de la expresión «vínculos más estrechos» se distinguen dos tendencias. Por un lado, algunos Estados miembros implementan directamente el término, y por tanto el tribunal decidirá en cada caso específico cuándo existen vínculos estrechos con el territorio. Por ejemplo, Italia y Portugal siguieron esta estrategia en la implementación de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas³¹. Por otro lado, otros Estados miembros llevaron a cabo una interpretación más rígida de la expresión. Por ejemplo, la disposición francesa que implementó la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas sustituyó vínculos estrechos por la referencia al lugar de residencia del consumidor, cuando la oferta o la conclusión del contrato tuviesen lugar en ese país³². En el ordenamiento alemán se incluyeron presunciones para determinar qué factores podían considerarse como «vínculos estrechos», como el lugar de residencia del consumidor o elementos como la oferta o publicidad relacionados con el contrato, pero sin perjui-

³⁰ Véase RAGNO, F., *op. cit.*, nota 26, p. 161.

³¹ Ley núm. 52 de 6 de febrero de 1996, *Gazz. Uffic.*, 10 de febrero de 1996; Ley núm. 220/95, de 31 de enero de 1995, *Diario da Republica*, 31 de agosto de 1995. También la transposición española del art. 12 de la Directiva 97/7/CE hacía referencia a vínculos estrechos con cualquier Estado miembro de la Unión Europea (art. 48 de la Ley 7/1996 de 15 de enero de 1996, de ordenación del comercio minorista, *BOE* núm. 15, de 17 de enero de 1996, introducido por la Ley 47/2002 de 19 de diciembre, *BOE* núm. 304, de 20 de diciembre de 2002).

³² De hecho, el Código de Consumo francés actual contiene una norma (art. L231-1) que define cuándo existen vínculos estrechos, seguida por varios preceptos indicando la aplicabilidad de algunas directivas sobre consumo cuando existen dichos vínculos estrechos con la Unión Europea (arts. 232-1 a 5).

cio del criterio del juez³³. Asimismo, en el ordenamiento español, el art. 13 de la Ley 23/2003 (que implementaba el art. 7.2 de la Directiva 1999/44/CE sobre venta de bienes de consumo) incluía presunciones que indicaban cuándo se entendía que existían vínculos estrechos, como serían la utilización del bien, el lugar de ejecución del derecho o prestación o el lugar de celebración del contrato. Actualmente, el instrumento que contiene las normas de protección del consumidor (incluyendo las transposiciones de las directivas europeas) es la Ley General para la Defensa de los Consumidores (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre), que también mantiene dichas presunciones (art. 63.7)³⁴. La diversidad existente en las normas de transposición de los Estados miembros, especialmente cuando estos establecen normas rígidas con condiciones o presunciones específicas, conduce de nuevo a incoherencias entre las diferentes transposiciones nacionales y no ayuda a establecer un sistema de Derecho internacional privado coherente y uniforme entre los Estados miembros.

12. Por tanto, las normas con incidencia en la ley aplicable afectan al sistema unificado de ley aplicable del Reglamento RI³⁵. Las normas de conflicto unificadas previenen el *forum shopping* y promueven la seguridad jurídica en la Unión Europea. La seguridad jurídica se ve perjudicada cuando normas que de alguna manera afectan a la ley aplicable se encuentran dispersas en varios instrumentos. Además, existe incertidumbre acerca de la naturaleza específica y función de dichas normas con incidencia en la ley aplicable, y acerca de su interacción con el Reglamento RI, puesto que no existe acuerdo sobre si estas normas son normas de conflicto específicas que prevalecen sobre las normas de conflicto del Reglamento en base al art. 23 RI³⁶. Mientras que algunos defienden que estas normas equivalen a normas de conflicto unilaterales y por tanto prevalecen sobre las normas del Reglamento RI, otros defienden que, más que establecer la aplicabilidad de la directiva en cuestión, determinan el nivel de imperatividad de sus disposiciones, y otros incluso mantienen que las normas con incidencia en la ley aplicable determinan el carácter de ley de policía de las disposiciones de las directivas³⁷.

³³ Ley de 19 de julio de 1996, *BGBl*, 1996, I, 1013, y, más tarde, art. 29.a) EGBGB.

³⁴ Más sobre la transposición en España de las normas con incidencia en la ley aplicable en ESTEBAN DE LA ROSA, F., *op. cit.*, nota 22.

³⁵ MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P., «Joint Response to the Green Paper on the Conversion of the Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations into a Community Instrument and Its Modernisation (COM 2002) 654 Final», p. 6; PAREDES PÉREZ, J. I., *op. cit.*, nota 25, pp. 87-114.

³⁶ El art. 23 RI establece que la aplicación de las disposiciones de Derecho comunitario que, con relación a asuntos particulares, establecen normas de conflicto relativas a obligaciones contractuales, prevalecen sobre las normas del Reglamento RI.

³⁷ Véanse FRANCO, S., *op. cit.*, nota 23, pp. 354-355; KRAMER, X. E., «The Interaction between Rome I and Mandatory EU Private Rules - EPIL and EPL: Communicating Vessels?», en STONE, P. y FARAH, Y. (eds.), *Research Handbook on EU Private International Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2015, p. 9; MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P., *op. cit.*, nota 35, p. 6; PLENDER, R. y WILDERSPIN, M., *The European Private International Law of Obligations*, 4.ª ed., Sweet & Maxwell, 2015, pp. 377-379; FALLON, M. y FRANCO, S., *op. cit.*, nota 27, pp. 156-157; SÁNCHEZ LORENZO, S., «La unificación del Derecho contractual europeo vista desde el Derecho internacional privado», *Derecho Patrimonial Europeo*, Thomson-Aranzadi, 2003, pp. 274, 375.

13. En este contexto, la existencia de dichas normas en algunas de las directivas de consumo reaviva el debate sobre el método de Derecho internacional privado, cuestionándose la posibilidad de determinar la aplicación de las directivas europeas a través de normas de conflicto unilaterales. Como es sabido, el método unilateral de Derecho internacional privado fue usado en exclusividad en sus diferentes variantes hasta el siglo XIX. Tras ser sustituido en gran parte por el método multilateral de Derecho internacional privado, el enfoque unilateral es hoy en día la excepción en materia de Derecho contractual en Europa y encuentra su máxima expresión a través de las leyes de policía³⁸. Sin embargo, todavía cabe preguntarse cuál es la manera más adecuada de determinar la aplicabilidad de las directivas de protección al consumidor: a través de los mecanismos dispuestos por el Reglamento RI (método multilateral de Derecho internacional privado, autonomía de la voluntad y protección de la parte débil) o a través de las mismas directivas en base a su naturaleza y objetivos (método unilateral de Derecho internacional privado). Este último método supondría que las directivas mismas determinarían cuándo resultan aplicables en un conflicto transfronterizo a través de normas de conflicto unilaterales, en base a su naturaleza y finalidad. Las directivas de protección del consumidor persiguen objetivos europeos específicos, económicos y sociales, necesarios para el funcionamiento del mercado interior. La introducción de normas de conflicto unilaterales aseguraría que esos objetivos no se eludieran. Por tanto, el uso de un método unilateral tiene la ventaja de ser una manera más práctica de asegurar los objetivos específicos de las directivas³⁹. No obstante, en vez de definir las circunstancias que llevan a la aplicación de un determinado ordenamiento jurídico, solamente indica cuándo un determinado instrumento jurídico resulta aplicable; además, el ejercicio de encontrar el objetivo de un instrumento para determinar su aplicación puede resultar difícil y añade incertidumbre al proceso de determinar la ley aplicable. En este sentido, el unilateralismo se puede entender más como un enfoque parcial que como un sistema completo de Derecho internacional privado⁴⁰.

14. El enfoque unilateral solamente da pie a la aplicación de una ley extranjera una vez se determina que la situación no está cubierta por la ley del foro, y supone imponer la aplicación sistemática de la ley del foro sobre la ley extranjera⁴¹. Este enfoque legeforista conlleva la posibilidad de incrementar los costes conflictuales en comparación con la aplicación de una ley extranjera más previsible para las partes⁴². Por otro lado, nuestro sistema de Derecho internacional privado actual se basa en gran parte en el método multilateral debido a las ventajas que este aporta. Con este sistema, se favorece la igual-

³⁸ SIEHR K., *op. cit.*, nota 2; BASEDOW, M., *op. cit.*, nota 2.

³⁹ FRANCO, S., «Unilateralism», en BASEDOW J. *et al.* (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2017, pp. 1789-1790.

⁴⁰ FRANCO, S., *op. cit.*, nota 39, p. 1786; BASEDOW, M., *op. cit.*, nota 2, p. 1401.

⁴¹ RÜHL, G., «Private International Law, Foundations», en BASEDOW J. *et al.* (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2017, p. 1383.

⁴² CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, nota 21, p. 284.

dad entre la ley del foro y la ley extranjera, indicándose la ley aplicable de acuerdo con criterios objetivos basados en la relación legal en cuestión, favoreciendo así la previsibilidad y el respeto de las expectativas de las partes. El sistema multilateral evita el *forum shopping* y promueve la uniformidad de resultados⁴³. Así pues, el Reglamento RI se basa en el sistema multilateral de Derecho internacional privado, pero con normas de conflicto especiales orientadas a la protección de la parte débil (en este caso, consumidores). Por ello, tanto el enfoque neutral multilateral como la libre elección de ley por las partes están sujetos a limitaciones. Asimismo, la excepción unilateral por excelencia en nuestro sistema actual la constituyen las leyes de policía, cuya aplicación resulta crucial para la defensa de valores esenciales de interés público del foro.

15. Es necesario tener en cuenta que otras directivas más recientes, como la Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores⁴⁴ y la nueva Directiva 2015/2302/UE relativa a los viajes combinados⁴⁵, no contienen normas con incidencia en la ley aplicable, sino que refieren la cuestión de la ley aplicable al Reglamento RI⁴⁶. La ausencia de normas con incidencia en la ley aplicable (además de, en este caso, tratarse de directivas de máxima armonización) evita el resultado de diferentes interpretaciones y transposiciones en los ordenamientos nacionales de los Estados miembros. Además, la referencia al Reglamento RI para resolver los conflictos de leyes ayuda a la coherencia del sistema diseñado por el Reglamento RI, que tiene como objetivo unificar las normas de conflicto en materia contractual. Por ello, aunque las normas con incidencia en la ley aplicable permiten una determinación caso por caso de la aplicación de la directiva, evitando las «lagunas» derivadas del art. 6 RI, la ausencia de tales normas resultará más beneficiosa para la protección de los consumidores, mejorando la coherencia del sistema de Derecho internacional privado europeo y por tanto la seguridad jurídica, siempre y cuando el art. 6 RI se adapte a las necesidades de protección del consumidor en la Unión Europea como se sugiere a continuación⁴⁷.

⁴³ TEN WOLDE, M. H. y HENCKEL, K. C., *op. cit.*, nota 4, pp. 9-11.

⁴⁴ Directiva (UE) 2011/83, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, y la Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 85/577/CEE, del Consejo, y la Directiva 97/7/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, DO L núm. 304, de 22 de noviembre de 2011.

⁴⁵ Directiva (UE) 2015/2302, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados, por la que se modifican el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 y la Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, y por la que se deroga la Directiva 90/314/CEE, del Consejo, DO L núm. 326, de 11 de diciembre de 2015.

⁴⁶ Véanse los considerandos 10 y 58 de la Directiva 2011/83/UE y el considerando 49 de la Directiva 2015/2302/UE.

⁴⁷ En la STJUE de 9 de septiembre de 2004, *Comisión de las Comunidades Europeas c. Reino de España*, C-70/03, EU:T:2013:49, sobre la implementación española del art. 6.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas, el TJUE dictaminó que el término «vínculos más estrechos» resultaba impreciso de manera deliberada con la intención de que pudiera llegar a cubrir más situaciones que los supuestos del art. 5 del Convenio de Roma (paras. 22-23), por lo que las normas con incidencia en la ley aplicable aseguraban mayor protección al consumidor que el art. 5 CR. Esta sentencia se sitúa en el contexto del

16. Se ha puesto de manifiesto anteriormente que el Reglamento RI no tiene en cuenta de manera suficiente las especialidades que derivan de la existencia de la Unión Europea y las exigencias del mercado interior en cuanto a la aplicación de las directivas europeas de consumo. Aun así, la introducción de normas unilaterales específicas en las diversas directivas no resulta necesario: por una parte, resulta preferible mantener el sistema unificado de Derecho internacional privado dadas sus ventajas; por otra parte, dado que las normas con incidencia en la ley aplicable se refieren en su mayoría al mismo ámbito de aplicación, no parece necesario incluir normas específicas en cada directiva. La solución propuesta pasa por añadir en el art. 6 RI una excepción unilateral que asegure la aplicación de las directivas de consumo cuando en legislador europeo lo considere necesario y así reflejar la diferencia entre contratos de consumo intra-Unión Europea y extra-Unión Europea. Dentro del art. 6 RI, se propone añadir una cláusula que dispusiera que, cuando el profesional dirija sus actividades al territorio de los Estados miembros, la aplicación de la protección mínima de las directivas sobre consumo debería quedar asegurada, independientemente del Estado miembro de residencia del consumidor.

3. ART. 8 RI SOBRE LEY APLICABLE A CONTRATOS DE TRABAJO Y APLICACIÓN DE LAS DIRECTIVAS EUROPEAS EN MATERIA DE TRABAJO

17. El art. 8 RI determina la ley aplicable a los contratos individuales de trabajo. A diferencia del art. 6 RI, el art. 8 RI no presenta mayores problemas de ámbito de aplicación material ya que resulta aplicable a todos los contratos individuales de trabajo. El art. 8 RI indica la ley del lugar habitual de trabajo como principal factor de conexión⁴⁸. Generalmente, cuando el lu-

Convenio de Roma y, actualmente, el Reglamento RI incluye al art. 3.4 RI respecto a las normas imperativas de origen comunitario y un art. 6 RI con un ámbito de aplicación más extenso que el art. 5 CR. Dadas las complicaciones que derivan de la existencia de las normas con incidencia en la ley aplicable, y teniendo en cuenta el contexto actual y, sobre todo, el cambio que este estudio sugiere con respecto al art. 6 RI y los contratos de consumo intra-Unión Europea, la eliminación de las normas con incidencia en la ley aplicable resultaría más beneficiosa para el consumidor.

Afirmando que las normas con incidencia en la ley aplicable son innecesarias y que el sistema del Reglamento RI debería prevalecer: PIIR, R. y SEIN, K., «Law Applicable to Consumer Contracts. Interaction of the Rome I Regulation and EU-Directive-Based Rules on Conflict of Laws», *Juridica International*, vol. 24, 2016, pp. 63-70. Argumentando que un cambio es necesario ya que el art. 6 RI no es suficiente: LEIBLÉ, S., *op. cit.*, nota 15.

⁴⁸ Véanse los apdos. 1-4 del art. 8 RI. Asimismo, el TJUE ha aclarado en numerosas ocasiones el concepto de lugar habitual de trabajo, especialmente con relación a ocupaciones tradicionalmente transnacionales (e. g. representantes comerciales, trabajadores en el sector del transporte internacional, etc.), dando preferencia a una interpretación extensiva del concepto de «lugar habitual de trabajo» y minimizando el recurso al factor de conexión del art. 8.3 RI a casos extremos. Véanse SSTJUE de 13 de julio de 1993, *Mulox IBC Ltd. c. Hendrick Geels*, C-125/92, EU:C:1993:306; de 9 de enero de 1995, *Petrus Wilhelmus Rutten c. Cross Medical Ltd.* C-383/95, EU:C:1997:7; de 15 de marzo de 2011, *Heiko Koelzsch c. État du Grand Duchy of Luxembourg*, C-29/10, EU:C:2011:151; de 15 de diciembre de 2011, *Jan Voogsgeerd c. Navimer SA*, C-384/10, EU:C:2011:842, y de 14 de septiembre de 2017, *Sandra No-*

gar habitual de trabajo se encuentra en el territorio de la Unión Europea, la aplicación de las normas imperativas de las directivas en materia de trabajo está asegurada por el art. 8 RI, cuyo principal factor de conexión es el país de trabajo habitual. Una vez que se determina el lugar de trabajo habitual, si ese lugar se encuentra en la Unión Europea, la protección de las directivas está generalmente garantizada por el art. 8 RI, incluso en los casos de contratos transfronterizos con más complicaciones. Las directivas en materia de trabajo no tienen ningún interés en aplicarse a trabajadores que realicen sus labores fuera de la Unión Europea y su protección está generalmente dirigida a trabajadores que desempeñen su actividad dentro de la Unión Europea⁴⁹. Aunque la mayoría de las directivas en materia de trabajo en el área contractual no contienen normas que interfieran con la ley aplicable, sí que existen diversas controversias en torno a la coordinación del art. 8 RI con ciertas directivas que pueden implicar el desplazamiento de trabajadores de un país a otro.

18. Es el caso de la Directiva 2001/23/EC⁵⁰, cuyo objetivo es preservar los derechos de los trabajadores en el caso de un traspaso de empresas y por tanto proteger a los trabajadores de la empresa en caso de un cambio de empleador. En caso de un traspaso transfronterizo de empresas, en la medida en que el traspaso de titularidad conlleve un traslado transfronterizo de trabajadores, la ley aplicable a los trabajadores que son traspasados suele cambiar ya que el lugar de trabajo habitual también cambia⁵¹. El art. 1.2 dice: «La presente Directiva se aplicará cuando y en la medida en la que la empresa, el centro de actividad o la parte de estos que haya de traspasarse se encuentre dentro del ámbito de aplicación territorial del Tratado». Resulta necesario aclarar que esta disposición es una norma que define el ámbito de aplicación territorial de la directiva y no una norma con incidencia en la ley aplicable o una norma de conflicto unilateral⁵². Aun así, puede llevar a confusión debido a la manera en que la norma está redactada. Mientras que algunos Estados miembros no han implementado dicha disposición en su ordenamiento, otros

gueira and Others c. Crewlink Ireland Ltd. and Miguel José Moreno Osacar c. Ryanair Designated Activity Company, C-168/16 y C-169/16, EU:C:2017:688.

⁴⁹ FRANCO, S., *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, París, LGDJ, 2005, pp. 384-386.

⁵⁰ Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, DO L núm. 82, de 22 de marzo de 2001.

⁵¹ Este cambio no es retroactivo. Los derechos, obligaciones y hechos ocurridos antes del cambio de lugar de trabajo permanecen gobernados por la ley del anterior lugar de trabajo. Las demandas originadas en elementos continuos del contrato (vacaciones, pensión, etc.) pasan a estar gobernadas por la nueva ley. HENCKEL, K. C., *Cross-border Transfers of Undertakings*, University of Groningen, 2016, pp. 270,271; CMS EMPLOYMENT PRACTICE AREA GROUP, *Study on the Application of Directive 2001/23/EC to Cross-border Transfer of Undertakings*, 2006, p. 65.

⁵² Nótese que esta disposición se sitúa bajo el título «ámbito de aplicación y definiciones», mientras que las normas con incidencia en la ley aplicable de las directivas en materia de consumo se encuentran bajo el encabezado «carácter imperativo de las disposiciones» o similares (p. ej., art. 7.3 de la Directiva 1999/44/CE, art. 12.2 de la Directiva 2002/65/CE, etc.). HENCKEL, K.C., *op. cit.*, nota 51, p. 329.

lo hacen de manera literal, y otros la implementan de manera que se entiende como una norma de conflicto unilateral, la cual exige la aplicación de las normas del mismo Estado miembro⁵³. El legislador ha de ser consciente de que la inclusión de este tipo de normas en directivas puede tener consecuencias diferentes a su inclusión en tratados o reglamentos. En estos dos últimos, una norma que delimite el ámbito territorial del instrumento solamente hará eso y, como resultará aplicable como Derecho uniforme, no habrá espacio para transposiciones internas diversas⁵⁴. Sin embargo, en el caso de directivas, la redacción de una norma como el art. 1.2 ahora analizado puede ser entendida y traspuesta de manera diferente dependiendo del Estado miembro. Desde una perspectiva de Derecho internacional privado, la existencia de estas normas puede ser confundida con normas con incidencia en la ley aplicable y, como ha sido expuesto a propósito de las directivas de consumo, las diferentes transposiciones nacionales de dichas normas crean un sistema intracomunitario de normas de conflicto paralelas y no armonizadas.

19. Por otro lado, la Directiva 96/71/CE⁵⁵ sobre el desplazamiento de trabajadores tiene como objetivos principales proteger a los trabajadores. Esta directiva asegura la aplicación de ciertas condiciones mínimas cuando los trabajadores son desplazados temporalmente, asegurando a su vez la libre prestación de servicios y evitando la competencia desleal entre países de la Unión Europea con diferentes costes laborales. Dicha directiva se complementa con la Directiva 2014/67/UE⁵⁶ y fue modificada por la Directiva 2018/957/UE⁵⁷, que pretenden reforzar el dispositivo normativo de la directiva original para luchar contra el fraude relacionado con el desplazamiento de trabajadores y reforzar la consecución de los objetivos de la directiva original.

20. Según el art. 8.2 RI, el lugar habitual de trabajo no cambia cuando el trabajador es temporalmente destinado a otro país; por tanto, tampoco lo hace la ley aplicable al contrato de trabajo⁵⁸. Sin embargo, en desplaza-

⁵³ Para un estudio extensivo sobre la transposición de la Directiva por los Estados miembros, véase: CMS EMPLOYMENT PRACTICE AREA GROUP, *op. cit.*, nota 51.

⁵⁴ Por ejemplo, el art. 1.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG) dispone que el Convenio resulta aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías cuando las dos partes contratantes están establecidas en Estados contratantes.

⁵⁵ Directiva 96/71/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, DO L núm. 18, de 21 de enero de 1997.

⁵⁶ Directiva 2014/67/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, y por la que se modifica el Reglamento (UE) núm. 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior («Reglamento IMI»), DO L núm. 159, de 28 de mayo de 2014.

⁵⁷ Directiva 2018/957/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio, que modifica la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, DO L núm. 173, de 9 de julio de 2018.

⁵⁸ Existen varias razones tras esta disposición, como el evitar un posible *dépeçage* de la ley aplicable al contrato, fomentar la aplicación de la ley con vínculos más estrechos y más predecible, y permitir la continuidad en la ley aplicable al contrato de trabajo cuando el trabajador retorna a su país de origen.

mientos intracomunitarios, la Directiva 96/71/CE dispone que los Estados miembros han de asegurar que se garantice a los trabajadores desplazados temporalmente al territorio de otro Estado miembro ciertos términos y condiciones de empleo que estén en vigor en dicho país. Entre dichos términos y condiciones de empleo se encuentran periodos máximos de trabajo y periodos mínimos de descanso, remuneración, salud y condiciones de seguridad en el trabajo, entre otros (art. 3.1). Se entiende que las normas imperativas del Estado miembro de desplazamiento en las áreas de protección citadas en el art. 3 deben ser consideradas normas de policía del art. 9 RI que se aplican a todos los trabajadores desplazados temporalmente de un Estado miembro a otro⁵⁹. El considerando 34 RI reconoce que el art. 8 RI no debe ir en detrimento de las normas imperativas del país de desplazamiento del trabajador indicadas en la Directiva 96/71/CE. Por su parte, la Directiva 96/71/CE también hace referencia al Convenio de Roma (predecesor del Reglamento RI), dejando claro que la intención de la Directiva no es desviarse de las normas de conflicto del Reglamento RI, sino complementarlas⁶⁰. Las normas en las áreas mencionadas en el art. 3 no solamente prevalecen sobre la ley elegida por las partes (como en el caso de las normas imperativas —también denominadas «disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo»— referidas en el art. 8 RI), sino que también prevalecen sobre la ley objetivamente aplicable. El art. 3 de la Directiva 96/71/CE les proporciona el carácter de leyes de policía.

21. Sin embargo, una de las novedades introducidas por la Directiva 2018/957/UE suscita dudas dada la distinción entre leyes de policía del art. 9 RI y normas imperativas del art. 8 RI. Esta directiva añade una nueva disposición que establece que, además de los términos de empleo incluidos en la lista del art. 3.1 de la Directiva original, *todos* los términos y condiciones de empleo de la ley del Estado miembro de desplazamiento deben ser aplicables tras doce (o dieciocho) meses de desplazamiento (excepto aquellos con respecto a la celebración y resolución del contrato de trabajo y a los

⁵⁹ HOUWERZIJL, M. y HOEK, VAN, A., «Where do EU mobile workers belong, according to Rome I and the (E)PWD», en VERSCHUEREN H. (ed.), *Residence, employment and social rights of mobile persons: on how EU law defines where they belong*, Intersentia, 2016, pp. 215-253, esp. pp. 219-224; LIUKKUNEN, U., *The Role of Mandatory Rules in International Labour Law - A Comparative Study in the Conflict of Laws*, Helsinki, Talentum Media Oy, 2004, pp. 233-235; WELLER, M., «Article 23. Relationship with other Provisions of Community Law», en CALLIESS, G. P. (ed.), *Rome Regulations. Commentary*, 2.^a ed., Países Bajos, Kluwer Law International, 2015, p. 419; MCPARLAND, M., *The Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 682; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., «The Rome I Regulation: Much ado about nothing?», *The European Legal Forum*, 2008, núm. 2, pp. 61-80, esp. p. 76; GARDEÑES SANTIAGO, M., «Derecho imperativo y contrato internacional de trabajo», *Revista de Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, vol. 132, 2017, pp. 163-188, esp. pp. 167-168.

⁶⁰ LIUKKUNEN, U., *op. cit.*, nota 59, p. 231. Véanse los considerandos 7 a 10 de la Directiva 96/71/CE. El considerando 10 se refiere a las normas de esta como una forma de leyes de policía del art. 7 del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 (ahora art. 9 RI): «(10) Considerando que el art. 7 de dicho Convenio dispone que en determinadas condiciones surtan efecto, junto con la ley declarada aplicable, las normas de policía de otra ley, en particular la del Estado miembro a cuyo territorio haya sido desplazado temporalmente el trabajador».

regímenes complementarios de jubilación)⁶¹. De acuerdo con la directiva original, solamente las áreas designadas en el art. 3.1 son consideradas leyes de policía del Estado miembro de desplazamiento dados los elevados intereses en juego. La ley aplicable al contrato sería la ley determinada por el art. 8 RI (generalmente, la ley del lugar habitual de trabajo, que no cambia al ser solamente un desplazamiento temporal) y las normas en las áreas listadas en el art. 3.1 del país de desplazamiento prevalecen sobre la ley aplicable al contrato (salvo que las normas del país de origen sean más beneficiosas para el trabajador —art. 3.8—). Sin embargo, la nueva disposición en el art. 3.1 bis establece que cuando la duración de un desplazamiento sea superior a doce meses, los Estados miembros deben asegurar que las empresas garanticen a los trabajadores que hayan sido desplazados a su territorio todas las condiciones de trabajo aplicables que estén establecidas en el Estado miembro de desplazamiento. Se podría considerar que, dadas las circunstancias especiales, normas que tienen como principal objetivo la protección del trabajador y normalmente pertenecen a la categoría de normas imperativas, después de doce meses se convierten en leyes de policía que el Estado miembro de desplazamiento debe aplicar con independencia de la ley aplicable al contrato de trabajo. Los intereses superiores podrían basarse en el objetivo de prevención del fraude de ley dentro de la Unión Europea y en la defensa de la competencia leal entre las empresas de los distintos Estados miembros⁶².

4. EL ART. 3.4 RI Y LA APLICACIÓN DEL DERECHO IMPERATIVO EUROPEO

22. El art. 3.4 RI puede cubrir algunos de los casos no cubiertos por las normas especiales de protección de la parte débil siempre que haya una elección de ley de un Estado tercero y todos los elementos relevantes de la situación se encuentren dentro de la Unión Europea⁶³. Esta disposición ha sido

⁶¹ El periodo de doce meses se puede extender a dieciocho meses por el Estado miembro donde se preste el servicio cuando el prestador de servicios proporcione una notificación motivada [art. 3.1.a), tercer subpárr.].

⁶² Desde el punto de vista de la mejora de la protección del trabajador, la introducción de la nueva norma estaría justificada, ya que tendería a evitar el fraude y aseguraría realmente la aplicación de las condiciones laborales del Estado miembro de desplazamiento a los trabajadores desplazados. Sin embargo, desde el punto de vista del Derecho internacional privado, esta norma suscita dudas importantes, especialmente respecto a la distinción entre leyes de policía y normas imperativas en el contexto de la modificación que lleva a cabo la citada directiva, dudas que nos limitamos a apuntar, sin pretender acometer ahora un análisis detallado de la cuestión.

⁶³ En cuanto a los elementos que deben ser considerados como relevantes de acuerdo con el art. 3.4 RI, la doctrina generalmente está de acuerdo en que son relevantes los factores de conexión generales, como la residencia habitual de las partes o el lugar de ejecución o conclusión del contrato, son considerados relevantes. La nacionalidad es menos relevante para la situación (aunque podría ser un elemento a tener en cuenta si ambas partes son nacionales de un Estado tercero); de manera similar, el lugar de incorporación o constitución de la empresa es menos relevante si la empresa opera a través de un establecimiento en un Estado miembro. BELOHLÁVEK, A. J., *Rome Convention - Rome I Regulation*, Huntington, Juris Publishing Inc, 2011, p. 703; LEIBLE, S., «La importancia de la autonomía conflictual para el

introducida con la intención de asistir en la coordinación entre las normas de conflicto que determinan la ley aplicable a un contrato y las normas específicas de Derecho internacional privado contenidas en los instrumentos de Derecho secundario europeo⁶⁴. El art. 3.4 RI asegura la aplicación de las normas imperativas de las directivas europeas de protección de partes débiles siempre y cuando todos los elementos relevantes se sitúen en la Unión Europea y exista una elección de ley de un Estado tercero. No obstante, incluso cuando no todos los elementos relevantes se localizan en la Unión Europea, hay situaciones en las que algunas directivas europeas de consumo tienen la intención de ser aplicables. Por ejemplo, las normas con incidencia en la ley aplicable de algunas de las directivas requieren su aplicación cuando la situación mantenga vínculos estrechos con la Unión Europea. Por tanto, la función del art. 3.4 RI es objeto de debate, ya que no cumple su objetivo de coordinación y de protección de la normativa imperativa europea ya que solamente cubre situaciones puramente intracomunitarias⁶⁵. A pesar de ello, y más allá del ámbito específico de los arts. 6 y 8 RI, no puede negarse que el art. 3.4 RI sí que puede resultar útil para asegurar la aplicación de directivas europeas que protegen a otras partes contractuales «débiles» que no están protegidas por normas específicas del Reglamento RI (p. ej., consumidores activos, agentes comerciales, distribuidores o franquiciados).

5. EL ART. 9 RI COMO POSIBLE MECANISMO DE PROTECCIÓN DE PARTES CONTRACTUALES DÉBILES

23. El art. 9 RI puede convertirse en un mecanismo para asegurar la aplicación de las disposiciones de las directivas correspondientes cuando estas tienen intención de ser aplicables, pero las normas especiales de protección de la parte débil del Reglamento RI no aseguran dicha aplicación, siempre y cuando las normas de la directiva tengan el carácter de ley de policía⁶⁶. El

futuro del Derecho de los contratos internacionales», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, 2011, núm. 1, pp. 214-233, esp. pp. 234-235; PLENDER, R. y WILDERSPIN, M., *op. cit.*, nota 37, p. 164.

⁶⁴ BELOHLÁVEK, A. J., *op. cit.*, nota 63, pp. 707-711; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009, pp. 151-152.

⁶⁵ Por ejemplo, mientras las normas con incidencia en la ley aplicable de ciertas directivas de consumo se refieren a «vínculos más estrechos» con los Estados miembros, el art. 3.4 RI exige que *todos los elementos relevantes* se sitúen en el territorio de la Unión Europea. Véanse GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., *op. cit.*, nota 59, p. 65; AGUILAR GRIEDER, H., «Desafíos y tendencias en el actual Derecho europeo de contratos», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, 2012, núm. 2, pp. 23-48, esp. pp. 34-35.

⁶⁶ ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., *op. cit.*, nota 12, p. 299; POCAR, F., «La protection de la partie faible en droit international privé», *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 188, 1984, pp. 339-394. Sin embargo, en la mayoría de las ocasiones, este no es el caso; véase KUIPERS, J., *op. cit.*, nota 16, p. 200; AGUILAR GRIEDER, H., «La voluntad de conciliación con las directivas comunitarias protectoras en la propuesta del Reglamento Roma I», en CALVO CARAVACA J. L. y CASTELLANOS RUIZ, E., *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, Madrid, Colex, 2006, p. 53; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «La autonomía de la voluntad conflictual y la mano invisible en la contratación internacional», *Diario La Ley*, 2012, núm. 7.847; VERHAGEN, H. L. E., «The Tension between Party Autonomy and European Union Law: Some Observations on Ingmar GB Ltd. c. Eaton Leonard Technologies Inc.», *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51, 2002, pp. 135-154, esp. p. 136.

art. 9 RI es una excepción a la operación normal de las normas de conflicto⁶⁷. Las leyes de policía son una expresión de unilateralismo en nuestro sistema mayoritariamente multilateral, resultando aplicables en base a su contenido y objetivo con independencia de la ley objetivamente aplicable al contrato⁶⁸. A nivel europeo, los objetivos del mercado interior pueden ser asegurados a través de leyes de policía siempre y cuando sean cruciales para la salvaguardia de intereses públicos europeos esenciales. Dicho objetivo tendría que considerarse crucial para un interés público tal y como la organización política, social o económica de la Unión Europea. Cabe preguntarse si la protección de los consumidores, trabajadores u otras partes contractuales débiles forma parte de tales intereses hasta el punto de activar la excepción proporcionada por el art. 9 RI.

24. Ni la doctrina ni los tribunales de los Estados miembros comparten un punto de vista común acerca de la inclusión de ciertas disposiciones de protección del consumidor u otras partes débiles dentro de la definición de leyes de policía del art. 9⁶⁹. Por un lado, la doctrina y jurisprudencia de algunos países, especialmente Alemania, interpretan el concepto de las leyes de policía de manera estricta, excluyendo por completo normas que protegen la parte contractual débil. La doctrina alemana distingue entre *Eingriffsnormen* (normas que persiguen objetivos de interés público, como la protección de la competencia), y *Parteischutzvorschriften* (que persiguen el equilibrio entre las partes de un contrato, como las normas de protección del consumidor). Solamente las primeras son consideradas leyes de policía⁷⁰. Por tanto, según este planteamiento, una disposición podría tener como objetivo la protección de la parte contractual débil o la protección de intereses públicos, y ambos

⁶⁷ El Reglamento RI define ley de policía en el art. 9 RI como «una 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». De acuerdo con el art. 9.2 RI, las leyes de policía del foro se aplicarán independientemente de la ley aplicable al contrato y, de acuerdo con el art. 9.3 RI, el país del foro puede dar efecto a las leyes de policía el país donde las obligaciones contractuales tienen que o han sido llevadas a cabo.

⁶⁸ Marques Dos Santos explica en detalle cómo la doctrina de las leyes de policía («normas de aplicação imediata») comenzó a introducirse entre la jurisprudencia, doctrina y legislación de Derecho internacional privado en Europa en la segunda mitad del siglo XX, desplazando la supremacía del método multilateral de Savigny en aras de un pluralismo metodológico. MARQUES DOS SANTOS, A., *op. cit.*, nota 3.

⁶⁹ BONOMI, A., «Overriding mandatory provisions in the Rome I Regulation on the law applicable to contracts», en SARCEVIK, P., VOLKEN, P. y BONOMI, A. (eds.), *Yearbook of International Private Law*, Múnich, Sellier European Law Publishers & Swiss Institute of Comparative Law, vol. 10, 2008, pp. 285-300, esp. p. 292.

⁷⁰ Por ejemplo, la sentencia *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo federal alemán) del 13 de diciembre de 2005 dispuso claramente que las disposiciones sobre la protección de la parte contractual débil no caen dentro de la categoría de leyes de policía, incluso si a la vez defienden, de manera indirecta, intereses públicos. *Bundesgerichtshof*, 13 diciembre 2005-XI ZR 82/05, en IPRax 2006, p. 272. Véase BONOMI, A., *op. cit.*, nota 69, p. 292. También, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., *op. cit.*, nota 59, p. 77, que comparte este punto de vista y afirma sin ninguna duda que «disposiciones como aquellas destinadas a proteger a la parte débil del contrato (consumidores, agentes, etc.) no están incluidas en este concepto» (traducción de la autora).

serían mutuamente excluyentes. Aquellos que defienden esta interpretación destacan que la referencia que el art. 9 RI hace a los «intereses públicos» no debiera ser ignorada y conduce a una interpretación restrictiva del precepto, que excluye normas de protección de partes contractuales débiles; esto es, el art. 9 RI no sería un precepto adecuado para la protección de consumidores, trabajadores, agentes comerciales u otras partes contractuales débiles⁷¹.

25. Por otro lado, otros consideran que las disposiciones de protección de la parte contractual débil también pueden a la vez tener una relevancia esencial para la organización política, social o económica del país. La doctrina francesa distingue entre *lois de police de direction* (comparables a las *Eingriffsnormen*) y *lois de police de protection* (equivalentes a *Parteischutzvorschriften*), y la gran mayoría está de acuerdo en que ambas pueden ser clasificadas como leyes de policía⁷². Estos dos países representan ambos extremos, y en el medio se encuentran países como Bélgica, Italia o España, con una posición más similar a la francesa, o Países Bajos, con una posición más similar a la alemana⁷³.

26. En la práctica, los tribunales españoles también ponen de relieve los puntos más problemáticos del Reglamento RI en cuanto a la aplicación de las leyes de policía. En las disputas Ryanair, entre la compañía aérea Ryanair y sus trabajadores ante los tribunales españoles, existen sentencias que parecen recurrir a la aplicación del art. 9.2 RI para justificar la aplicación del ordenamiento español para resolver el fondo del asunto⁷⁴. El conflicto entre estas partes ha dado lugar a numerosos casos en los que, en general, la competencia judicial de los tribunales españoles y la aplicación de la ley española

⁷¹ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., *op. cit.*, nota 59, p. 77; VON BAR, C. y MANKOWSKI P., *Internationales Privatrecht Band 1: Allgemeine Lehren*, 2.^a ed., CH Beck, 2003, p. 267.

⁷² Entre la doctrina: BUREAU, D. y MUIR WATT, H., *Droit international privé - Partie générale*, París, Presses Universitaires de France, 2007, pp. 558-562; MAYER P. y HEUZE, V., *Droit international privé*, 8.^a ed., París, Librairie générale de droit et jurisprudence, 2004, p. 89. La función de protección de las leyes de policía también es reconocida por la jurisprudencia francesa (caso *Aginitis*, sentencia de *Cour de Cassation* de 30 de noviembre de 2007, 06-14006).

⁷³ Por ejemplo, en Países Bajos, en el asunto *Nuon Personeelsbeheer* (Sent. *Hoge Raad* de 24 de febrero de 2012, LJN BU8512, *NIPR* 2012, p. 194), así como en el asunto *Sorensen/Aramco* (Sent. *Hoge Raad* de 23 de octubre de 1987, NJ 1988/842, *NIPR* 1988, p. 150) sobre la aplicación de una norma sobre despido improcedente, el *Hoge Raad* aclara que el carácter de ley de policía viene dado por la importancia de los intereses del mercado laboral holandés en su aplicación, no por los intereses del trabajador individual contra el despido improcedente. En contraste, en Bélgica, la idea de que las disposiciones que tienen como objetivo principal la protección de la parte débil puedan considerarse leyes de policía está bastante extendida, aun cuando no persigan específicamente un interés público, en base a que el abuso sufrido por la parte débil puede ser entendido como una amenaza a la sociedad civil (véase la posición de Bélgica en el asunto *Unamar*: STJUE de 17 de octubre de 2013, *United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV v. Navigation Maritime Bulgare*, C-184/12, EU:C:2013:663).

⁷⁴ Por ejemplo: Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de lo Social núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife, de 7 de septiembre de 2018; STSJ de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1.^a) de 26 de marzo de 2010. Estas decisiones pasan a aplicar las disposiciones del ordenamiento español al fondo del asunto sin mayor justificación, lo cual, en términos del Reglamento RI, solamente podría justificarse a través del art. 9.2 RI. Véase JUÁREZ PÉREZ, P., «El conflicto de Ryanair: una lectura desde el Derecho internacional privado», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, 2019, núm. 1, pp. 372-407, esp. pp. 401-404.

resultaban esenciales para las pretensiones de los trabajadores, ya que reivindicaban la aplicación de las condiciones laborales del país que consideraban su lugar de trabajo (donde se situaba su aeropuerto de base). El TJUE, en materia de competencia judicial, ha aclarado en la STJUE de 14 de septiembre de 2017⁷⁵ que el concepto de lugar habitual de trabajo ha de entenderse de manera amplia como el lugar en el cual o a partir del cual el trabajador ejerce la parte esencial de sus obligaciones hacia el empleador; este no puede ser equiparado exactamente al concepto de base aeroportuaria, pero este concepto constituye un indicio importante⁷⁶. Siguiendo los Reglamentos Bruselas I bis⁷⁷ y Roma I, si el tribunal decide que tiene competencia judicial internacional debido a que las circunstancias del caso indican que España es el país a partir del cual los trabajadores ejercen sus obligaciones laborales, la misma justificación debería utilizarse para la aplicación de la ley española bajo los arts. 8.1 y 8.2 RI si esta resulta más beneficiosa que la ley irlandesa elegida por las partes. Recurrir al art. 9 para aplicar la legislación española correspondiente como leyes de policía no resultaría necesario⁷⁸.

27. Por otra parte, siguiendo el razonamiento del TJUE en el asunto *Ingmar*⁷⁹, se puede entender que el art. 9 RI puede incluir esas disposiciones que, aunque protegen a una parte contractual débil, tienen como objetivo principal la consecución de un interés público. En *Ingmar*, el TJUE, aunque no trata explícitamente si las disposiciones que protegen al agente comercial de la Directiva 86/653/ECC sobre agentes comerciales independientes⁸⁰ deberían ser consideradas como leyes de policía, sí da ciertas pautas para su determinación como tales. En este caso, el tribunal consideró que dichas disposiciones resultarían aplicables cuando la situación estuviese estrechamente vinculada con la Unión, independientemente de la ley elegida por las partes para gobernar su contrato⁸¹. Sin embargo, el tribunal no basó su decisión en el objetivo de la Directiva de proteger al agente comercial como parte contractual débil, sino que se refirió a motivos mayores de política económica (la protección de la libertad de establecimiento y evitar la competencia desleal dentro del mercado interior)⁸². Siguiendo este razonamiento, podemos decir

⁷⁵ STJUE de 14 de septiembre de 2017, *Sandra Nogueira y Otros c. Crewlink Ireland Ltd. y Miguel José Moreno Osacar c. Ryanair Designated Activity Company*, C-168/16 y C-169/16, EU:C:2017:688.

⁷⁶ *Nogueira y otros*, párrs. 56-59, 63-65, 74.

⁷⁷ Reglamento (UE) núm. 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I bis), DO L núm. 351, de 20 de diciembre de 2012.

⁷⁸ Sin embargo, la realidad ante los tribunales españoles difiere de la teoría y, en los casos *Ryanair* en los que los tribunales españoles se declararon competentes basándose en el concepto de base aeroportuaria, no justificaron la aplicación del ordenamiento español para determinar el fondo del asunto de la manera descrita. Véase JUÁREZ PÉREZ, P., *op. cit.*, nota 73, pp. 401-404.

⁷⁹ STJCE de 9 de noviembre de 2000, *Ingmar GB Ltd. y Eaton Leonard Technologies Inc.*, C-381/98, EU:C:2000:605.

⁸⁰ Directiva 86/653/CEE, del Consejo, de 18 de diciembre, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, DO L núm. 382, de 31 de diciembre de 1986.

⁸¹ *Ingmar*, párr. 25.

⁸² *Ingmar*, párrs. 23-24.

que una disposición que solamente proteja a la parte débil no sería considerada ley de policía, pero sí podría serlo si su objetivo principal fuera perseguir intereses políticos, sociales o económicos superiores que justifiquen la prioridad de dicha disposición en un plano internacional⁸³.

28. Es cierto que determinar qué normas son consideradas leyes de policía de un país es competencia de dicho país. El art. 9.2 RI establece que las disposiciones del Reglamento no restringen la aplicación de las leyes de policía del foro, y por tanto el Estado miembro del foro tiene que decidir qué normas nacionales constituyen leyes de policía. Por ejemplo, en el asunto *Unamar*⁸⁴, el TJUE concluyó que los tribunales belgas tenían el poder de calificar las normas nacionales de agencia que excedían la protección proporcionada por la Directiva 86/653/CEE como leyes de policía del foro de acuerdo con el art. 7 del Convenio de Roma (ahora, art. 9 RI). Sin embargo, cuando dichas leyes nacionales implementan normas derivadas de directivas europeas, sería necesaria una interpretación coherente con los objetivos de la directiva. Por tanto, lo que es crucial para la Unión Europea debe ser determinado por la Unión Europea⁸⁵. Por ejemplo, el art. 3 de la Directiva 96/71/CE sobre desplazamiento de trabajadores establece el carácter de ley de policía de las normas que pertenecen a las áreas listadas en el mismo artículo, siendo su aplicación esencial para garantizar la libre prestación de servicios y la libre competencia en el mercado interior, a la vez que garantizan la protección del trabajador. Sin embargo, la existencia de las normas con incidencia en la ley aplicable de las directivas en materia de consumo no significa necesariamente que las disposiciones de dichas directivas puedan ser clasificadas como leyes de policía, ya que no todas son cruciales para la salvaguarda de intereses públicos o son aplicables independientemente de la ley objetivamente aplicable, sino que solamente tienen la intención de aplicarse cuando las partes eligen la ley de un Estado tercero⁸⁶. Las normas de este tipo de directivas no son necesariamente leyes de policía, que resultan aplicables independientemente de la ley objetivamente aplicable, pero son en la mayoría de casos normas imperativas en el sentido los arts. 6.2, 8.1 o 3.4 RI⁸⁷. Una interpretación extensiva po-

⁸³ KUIPERS, J., *op. cit.*, nota 16, p. 200; AGUILAR GRIEDER, H., *op. cit.*, nota 66, p. 53; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, nota 66; VERHAGEN, H. L. E., *op. cit.*, nota 66, p. 136.

⁸⁴ *Unamar*, *op. cit.*, nota 73.

⁸⁵ KUIPERS, J., *op. cit.*, nota 16, pp. 203-204.

⁸⁶ Jürgen Basedow también afirma que la caracterización de estas normas como normas de policía desde un punto de vista tradicional de Derecho internacional privado chocaría con el hecho de que una elección de ley es necesaria para su aplicación. Sin embargo, razona que la importancia para el foro de una ley de policía depende tanto del contenido como de la conexión de la situación con el foro, haciendo por tanto posible que las normas con incidencia en la ley aplicable establezcan leyes de policía. BASEDOW, J., «Conflicto de leyes y armonización del Derecho privado material en la Unión Europea», *AEDIPr*, vol. 6, 2006, pp. 141-159, esp. p. 153. Aun siendo así, no todas las directivas de protección del consumidor pueden ser clasificadas como esenciales para la salvaguarda de la organización política, económica o social de la Unión Europea.

⁸⁷ Mientras que las leyes de policía tienen el objetivo de proteger intereses públicos del Estado miembro en cuestión (o derivados del Derecho europeo), las normas imperativas tienen la intención de proteger intereses privados, tales como los intereses de las partes contractuales débiles. GUARDÁNS CAMBÓ, I., *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero*, Pamplona, Aranzadi, 1992, pp. 314-

dría dañar seriamente el principio de la autonomía de la voluntad y armonía de decisiones del Reglamento RI⁸⁸. Por ello, aunque el Derecho de consumo europeo está estrechamente vinculado a la defensa de intereses públicos, la aplicación de las disposiciones de protección de consumidores no debería considerarse automáticamente como esencial para la consecución de un interés público de un país o de la Unión Europea en los términos del art. 9 RI. En el caso de la Directiva 2001/23/EC sobre derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, los intereses del mercado interior y consideraciones sobre los convenios colectivos podrían justificar el carácter de ley de policía de sus disposiciones, aunque una interpretación más estricta llevaría a la conclusión de que las normas de la directiva tienen como objetivo principal la protección de los trabajadores y por tanto pertenecen a la categoría de normas imperativas en el sentido del art. 8 RI⁸⁹.

29. Si las normas de las directivas destinadas a la protección de consumidores, trabajadores u otras partes contractuales débiles fuesen consideradas sistemáticamente leyes de policía, la autonomía de la voluntad se vería completamente desplazada, y el sistema del Reglamento RI y la seguridad jurídica que deriva de este resultarían seriamente dañados. Por ello, debiera prevalecer una interpretación restrictiva de lo que se considera crucial para la protección de intereses públicos ya que, hasta cierto punto, toda la legislación de la Unión Europea está dirigida al buen funcionamiento del mercado interior. El art. 9 RI no puede considerarse un mecanismo alternativo de protección de la parte débil cuando las normas especiales del Reglamento RI destinadas a ello no aseguran la aplicación de las directivas respectivas. El art. 9 RI solamente debería asegurar la aplicación de estas normas cuando estas sean esenciales para la protección de un interés público más allá de la protección del consumidor, trabajador, u otra parte débil.

6. REFLEXIÓN Y CONCLUSIONES

30. El método actual de Derecho internacional privado se caracteriza por la pluralidad metodológica, basándose en un enfoque multilateral y haciendo uso del método unilateral cuando resulta necesario (p. ej., mediante la aplicación de las leyes de policía). Mientras que el método multilateral promueve la igualdad entre la ley del foro y la ley extranjera, la seguridad jurídica y el respeto de las expectativas legales de las partes, así como también ayuda a la

316; RENNER, M., «Article 9. Overriding Mandatory Provisions», en CALLIESS, G. P. (ed.), *Rome Regulations. Commentary*, 2.^a ed., Países Bajos, Kluwer Law International, 2015, pp. 246-247; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., *op. cit.*, nota 59, p. 65; KUIPERS, J., *op. cit.*, nota 16, pp. 223-224.

⁸⁸ BISPING, C., *European Consumer Protection - Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2012, p. 251.

⁸⁹ El *Bundesgerichtshof*, en un caso sobre un traspaso de empresa de aviación basada en Berlín de Pan American World Airways a Berliner Lufthansa Airport que conducía a la aplicación de la ley de Nueva York por mantener vínculos más estrechos con el caso, indicó que hubiese aplicado las disposiciones alemanas en materia de empleo sobre derechos adquiridos si estas fuesen leyes de policía, pero no era el caso (sentencia *Bundesgerichtshof* de 29 de octubre de 1992, en *IPRspr.* 1992, pp. 142 y ss.).

uniformidad de resultados y a evitar el *forum shopping*, existen numerosas ocasiones en las que el uso de un enfoque unilateral está justificado. En primer lugar, cuanto más interrelacionados estén los países, más valores legales compartirán y, por tanto, más propensos serán a usar normas de conflicto neutrales, independientemente de que la ley aplicable sea la ley del foro o una ley extranjera. Sin embargo, en el caso opuesto, cuanto más difieran en valores o principios legales, más inconvenientes creará la aplicación de la ley extranjera⁹⁰. En segundo lugar, la aplicación de la ley extranjera variará dependiendo del área de Derecho de que se trate. El Derecho de contratos constituye un área ampliamente libre de valores esenciales, donde la libre voluntad de las partes prevalece y, por tanto, la existencia de valores legales comunes entre los países implicados no parece ser tan relevante como en otras áreas del Derecho (como puede ser el Derecho de familia). Sin embargo, cuando hablamos de normas con carácter imperativo, como en este caso las normas de protección de la parte contractual débil, un país tratará de que los valores del foro sean respetados cuando sea necesario. Por tanto, en estos casos, tanto el enfoque neutral multilateral como la libre elección de ley por las partes se verán limitados. Hasta aquí, el Reglamento RI refleja los puntos de vista mencionados.

31. Sin embargo, el Reglamento RI no tiene en cuenta de manera suficiente las especialidades que derivan de la existencia de la Unión Europea y las exigencias del mercado interior, tanto en referencia a la existencia de valores legales de la Unión Europea y de Derecho imperativo europeo, como a la interrelación entre Estados miembros y Estados terceros. En ocasiones, es necesario diferenciar entre situaciones intra-Unión Europea y situaciones extra-Unión Europea. Los Estados miembros, en las áreas armonizadas por las directivas, comparten los mismos o similares valores legales. Por ejemplo, en el área del Derecho del consumo europeo, los Estados miembros comparten el mismo nivel mínimo de protección del consumidor. Por tanto, un sistema multilateral puede ser promovido en un escenario intra-Unión Europea, ya que el nivel mínimo de protección del consumidor queda asegurado independientemente de que la ley de uno u otro Estado miembro resulte aplicable. En cambio, en un escenario extra-Unión Europea, cuando la aplicación del Derecho imperativo derivado de las directivas esté en juego, el uso de un enfoque unilateral y la restricción de la autonomía de la voluntad pueden estar justificados.

32. Teniendo en cuenta esta reflexión y la situación actual con respecto al Reglamento RI y a la aplicación de las directivas europeas de protección de

⁹⁰ Mathijs Ten Wolde compara este fenómeno con una escala gradual, en la cual en un extremo se sitúa el país que solamente aplica la ley del foro porque los países implicados carecen de una relación entre ellos, mientras que en el lado opuesto los países tendrían una posición neutral acerca de la aplicación de la ley del foro o una ley extranjera, ya que la relación entre las sociedades implicadas sería tan cercana que los mismos o similares valores legales serían compartidos. TEN WOLDE, M. H., «The Relativity of Legal Positions in Cross-Border Situations: The Foundations of Private Interregional Law, Private Intra-Community Law and Private International Law», *A Commitment to Private International Law - Essays in honour of Hans van Loon*, Cambridge, Intersentia, 2013, p. 576.

la parte contractual débil, este estudio concluye con las siguientes propuestas para alcanzar los objetivos de los instrumentos europeos mencionados:

En primer lugar, eliminar las normas con incidencia en la ley aplicable todavía existentes en algunas directivas de consumo y referir la determinación de la ley aplicable al Reglamento RI.

En segundo lugar, adaptar el art. 6 RI a las exigencias del legislador europeo con respecto a la aplicación internacional de las directivas europeas de consumo. Para evitar situaciones en las que la protección dispensada por las directivas tuviera vocación de aplicarse, pero el art. 6 RI no asegurara dicha aplicación, como en el caso de los consumidores móviles o «de vacaciones» en la Unión Europea, podría añadirse un nuevo apartado al art. 6 RI. La nueva disposición exigiría que, cuando un profesional dirigiera sus actividades a un Estado miembro, la aplicación de los requisitos mínimos de las directivas europeas de consumo debiera asegurarse, independientemente del Estado miembro de residencia habitual del consumidor.

En tercer lugar, para garantizar la coordinación del Reglamento RI con otras normas imperativas europeas, el art. 3.4 RI podría sustituir el requisito de «todos los elementos relevantes en la Unión Europea» por el de «vínculos más estrechos con la Unión Europea», asegurando así la aplicación de las disposiciones imperativas europeas a otras partes débiles (consumidores activos, agentes comerciales, etc.) frente a la elección de la ley de un tercer Estado de la misma manera que hoy lo exigen las normas con incidencia en la ley aplicable de las directivas de consumo. La extensión de este límite a la autonomía de la voluntad constituiría un paso más en la adaptación del Reglamento a las exigencias de las directivas europeas y solamente resultaría necesaria si el legislador europeo considerara que la aplicación internacional de las directivas que contuvieran normas imperativas debiera quedar asegurada cuando la situación mantuviera los vínculos más estrechos con la Unión Europea.

Por último, la definición del art. 9 RI de leyes de policía debería ser respetada e interpretada de manera estricta. El art. 9 RI no es un mecanismo para la protección del consumidor u otras partes contractuales débiles. El Reglamento RI dispone de normas especiales para la protección de dichas partes débiles, mientras que el art. 9 RI es una excepción y solamente debe aplicarse cuando intereses públicos esenciales estén en juego. El art. 9 RI solamente puede asegurar la aplicación de normas destinadas a la protección de la parte débil contractual cuando el objetivo principal de estas normas fuera la protección de un interés público esencial.

33. En conclusión, resulta necesario un método de Derecho internacional privado europeo más enfocado en las necesidades de la Unión Europea. Un enfoque multilateral resulta preferible en situaciones intra-Unión Europea en áreas armonizadas que contengan normas imperativas (como el Derecho del consumo), donde se compartan normas semejantes, mientras que la introducción de una incursión unilateral estaría justificada en situaciones

extra-Unión Europea, cuando la ley de un Estado tercero con estándares muy diferentes fuera potencialmente aplicable. Cuanto más armonizada e imperativa sea un área del Derecho, será más necesaria y evidente la diferencia entre situaciones intra-Unión Europea y extra-Unión Europea.

RESUMEN

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EUROPEO Y APLICACIÓN DE LAS DIRECTIVAS EUROPEAS PROTECTORAS DE LA PARTE CONTRACTUAL DÉBIL

El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales contiene normas de conflicto especiales que determinan la ley aplicable a los contratos de consumo y a los contratos individuales de trabajo. Sin embargo, en algunos casos, estas normas resultan insuficientes para asegurar la aplicación de las normas imperativas derivadas de las directivas europeas en materia de protección de partes contractuales débiles de acuerdo con sus intenciones y objetivos. Este estudio analiza las incoherencias existentes en la coordinación entre el Reglamento Roma I y dichas directivas, centrándose especialmente en los contratos de consumo y en los contratos individuales de trabajo. Se examinan los posibles mecanismos de los que el Reglamento Roma I dispone para asegurar la protección derivada de las directivas mencionadas. Este estudio propone un método de Derecho internacional europeo que tenga más en cuenta las necesidades europeas, en especial en las áreas más armonizadas del Derecho europeo, como el Derecho del consumo.

Palabras clave: Reglamento Roma I, contratos de consumo, contratos individuales de trabajo, directivas europeas, disposiciones imperativas europeas, leyes de policía, partes contractuales débiles.

ABSTRACT

EU PRIVATE INTERNATIONAL LAW AND APPLICATION OF EU DIRECTIVES PROTECTING WEAKER CONTRACTING PARTIES

The Rome I Regulation on the law applicable to contractual obligations includes special conflict rules that determine the law applicable to consumer contracts and individual employment contracts. However, in some cases, these rules are not enough to ensure the application of the mandatory provisions contained in the EU directives protecting weaker contracting parties according to their intentions and objectives. This study analyses the existing inconsistencies regarding the coordination between the Rome I Regulation and those directives, focusing specially on consumer contracts and individual employment contracts. The possible mechanisms of the Rome I Regulation to ensure the protection emanating from the mentioned directives are examined. This study proposes a European private international law method that takes more into account the EU needs, particularly regarding the harmonised areas of EU law such as EU consumer law.

Keywords: Rome I Regulation, consumer contracts, individual employment contracts, EU directives, EU mandatory provisions, overriding mandatory provisions, weaker contracting parties.

BUSCANDO UN NUEVO MODELO MÁS SATISFACTORIO DE INSERCIÓN DE LAS REGIONES CONSTITUCIONALES EN LA UNIÓN EUROPEA. LA OPORTUNIDAD DE LA CONFERENCIA SOBRE EL FUTURO DE EUROPA

José Luis DE CASTRO RUANO*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. LA OPORTUNIDAD QUE BRINDA LA CONFERENCIA SOBRE EL FUTURO DE EUROPA.—2. LA INSERCIÓN POLÍTICA DE LAS REGIONES EN LA UNIÓN EUROPEA.—2.1. La reforma operada por el Tratado de Maastricht.—2.2. La Gobernanza Multinivel.—3. EL TRATADO DE LISBOA: NUEVA FASE EN LA CUESTIÓN REGIONAL.—3.1. Retomando la agenda regional.—3.2. Las Regiones y el control de la Subsidiariedad.—4. LAS DEBILIDADES DEL RECONOCIMIENTO REGIONAL EN LA UNIÓN EUROPEA.—4.1. La fatiga regional en el debate comunitario.—4.2. Las limitaciones del Comité de las Regiones.—4.3. La ineficiencia de la Gobernanza Multinivel.—5. LAS «SOLUCIONES» INTERNAS.—6. OTRAS PROPUESTAS DE INSERCIÓN REGIONAL EN LA UNIÓN EUROPEA.—7. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN. LA OPORTUNIDAD QUE BRINDA LA CONFERENCIA SOBRE EL FUTURO DE EUROPA

Durante los próximos dos años asistiremos a un proceso de reflexión acerca de la forma y contornos que adquirirá la Unión Europea en el futuro. La Conferencia sobre el Futuro de Europa —en adelante «la Conferencia»— cuyo inicio se había programado para el pasado 9 de mayo de 2020 y que la pandemia obligó a posponer, se presenta como una oportunidad para la reflexión acerca de la forma de Europa que queremos para las próximas décadas. En el momento de redactar estas páginas no está decidido ni el formato, ni los objetivos ni el calendario de la Conferencia; quedando por aclarar algunos aspectos clave como los que se refieren de forma concreta a los temas sobre los que trabajará. Es cierto que son muy variados los desafíos que debemos afrontar: desde la culminación de la Unión Económica y Monetaria con el desarrollo de la Unión Bancaria y la Unión fiscal a la reforma de Sistema Europeo Común de Asilo; desde la digitalización hasta la crisis climática y la transición verde;

* Profesor de Relaciones Internacionales de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (joseluis.decastro@ehu.eus).

el reforzamiento de la democracia y la defensa del Estado de Derecho y los derechos fundamentales en el mundo pero también en nuestra propia casa; la gestión de las interdependencias y la gobernanza global en un mundo en progresiva desoccidentalización marcado por la creciente rivalidad geoestratégica y el cuestionamiento creciente del multilateralismo; y, cómo no, deberemos también dotarnos de instrumentos de lucha contra las epidemias, la presente de la covid-19 y las que, sin duda, vendrán en el futuro, como esa Unión Europea de la Salud que anunció la Presidenta Von der Leyen en su Discurso sobre el Estado de la Unión ante la Cámara de Estrasburgo el pasado 16 de septiembre. Como vemos, los desafíos son tan ingentes que podría parecer que hablar de las Regiones en semejante coyuntura es casi una frivolidad innecesaria; pero no. Los aspectos institucionales y la democracia europea ha de ser una cuestión a tratar en los trabajos de la Conferencia; asuntos como las listas transnacionales, la cuestión de los «cabezas de lista» o *spitzenkandidaten* y, en definitiva, qué hacer para que la ciudadanía se involucre más en las políticas europeas y cómo adoptar para ello un papel más directo e innovador, así como la manera de reforzar la democracia en la Unión Europea y su capacidad de actuación¹. Y en este debate, qué duda cabe, entra la cuestión regional.

Todos estos desafíos exigen una organización vigorosa desde el punto de vista democrático y de legitimación. Probablemente nuestro modelo jurídico e institucional es insuficiente para hacer frente a los desafíos que nos acechan². La Conferencia debe ser el primer paso para resolver algunas limitaciones concretas que tiene el actual marco jurídico-institucional con objeto de enfrentar los desafíos inminentes; debe ser también un instrumento para «democratizar» la Unión Europea, pues «el siguiente paso hacia la Federación Europea debe darse de otra manera, no solo liderado por los Estados y las instituciones comunes, como en el pasado»³. La aventura del proceso de integración europeo necesita del compromiso de todos los actores posibles, la profundización democrática es una precondition para todo lo demás. Y ello exige ser capaces también de insertar satisfactoriamente a múltiples actores: los Estados por supuesto; pero también a las Regiones con toda la heterogeneidad que les son propias, los poderes locales y a la sociedad civil organizada. Todo ello contribuye a fortalecer a la Unión, algo imprescindible en una coyuntura tan exigente como la actual.

Más de una década después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en aquel ya lejano diciembre de 2009, esta Conferencia sobre el Futuro de Europa y la reflexión asociada a ella, cualquiera que sea el resultado final

¹ HIERLEMANN, D., «¿Cómo hacer que la Conferencia sobre el Futuro de Europa salga bien?», *Esglobal*, 21 de septiembre de 2020, <https://www.esglobal.org/como-hacer-que-la-conferencia-sobre-el-futuro-de-europa-salga-bien/>.

² ALDECOA LUZÁRRAGA, F., «La necesidad de un debate ciudadano con la participación de la sociedad civil organizada en pie de igualdad en la Conferencia Europea sobre el Futuro de Europa», en ALDECOA LUZÁRRAGA, F. (dir.), *A los 70 años de la Declaración Schuman. El debate ciudadano en la Conferencia sobre el Futuro de Europa*, Madrid, Marcial Pons, 2020, p. 46.

³ GUINEA LLORENTE, M., «La Conferencia sobre el Futuro de Europa: dar un nuevo impulso a la integración europea desde la ciudadanía», en *ibid.*, p. 155.

de la misma y las consecuencias prácticas que se deriven de sus conclusiones o propuesta final (sea la antesala de una próxima reforma de los Tratados u otra que tenga un menor alcance), nos brinda una oportunidad propicia para hacer una valoración en perspectiva histórica sobre el modelo de inserción de las Regiones en la Unión Europea y, sobre todo, para llevar a cabo una reflexión incipiente acerca de la forma en que esta debe producirse en el futuro; de manera que la propuesta resultante de la citada Conferencia incorpore elementos novedosos para una más satisfactoria inserción del hecho regional en la estructura decisional de la Unión Europea.

La esencia de la Unión Europea es la resultante de una cesión de soberanía hacia ella por parte de los Estados miembros, y si estos se articulan internamente en diferentes niveles de gobierno, es inevitable una pérdida de competencias de titularidad subestatal —competencias regionales— a favor del nivel comunitario; así las cosas, la apuesta reside en cómo articular el principio básico de la autonomía en el interior del Estado con la representación y participación del Estado en la Unión Europea. Esta tensión se resolverá en unos casos incorporando a las Regiones en la conformación de la posición estatal ante las instancias comunitarias en cuestiones referidas a su ámbito competencial y en otros casos facilitando su participación directa ante esas instancias según procedimientos establecidos y allá donde el Derecho comunitario lo permita. Este postulado de principio, asumido después de muchos años de manera mayoritariamente pacífica, no acaba de encontrar, sin embargo, una articulación funcional y políticamente satisfactoria en todos los casos. En las próximas páginas haremos un sucinto repaso del estado de la cuestión en perspectiva histórica, para valorar su deficiente situación actual y lanzar ideas para una modificación de la situación.

Quizá estemos ante una oportunidad para introducir un cambio cualitativo en lo que a la inserción del hecho regional se refiere ya que, en este trabajo, partimos de la hipótesis principal de que el avance federal y el reconocimiento del hecho regional son dos procesos paralelos que van de la mano; y si la Conferencia supone «una nueva oportunidad de mantener un debate serio sobre el futuro de Europa a fin de configurar la Unión en la que queremos convivir [...] y para hacerla más democrática»⁴, debe ser capaz también de encontrar un nuevo encaje para las Regiones que satisfaga las demandas de aquellas entidades con más personalidad política, con más reconocimiento jurídico y con mayor capacidad competencial. La segunda hipótesis que nos guía en este trabajo es que no podrá haber soluciones homogéneas para un nivel regional tan amplio y heterogéneo como el que existe en Europa; esa solución homogeneizadora se intentó en Maastricht con un resultado que se ha revelado insatisfactorio para las denominadas Regiones constitucionales, término que aparece cada vez con más frecuencia en la literatura especializada sobre el tema para referirse a aquellas Regiones con poder legislativo y

⁴ Resolución del Parlamento Europeo de 15 de enero de 2020, sobre la posición del PE sobre la Conferencia sobre el Futuro de Europa [2019/2990 (RSP)].

formalmente reconocidas como tales en sus respectivos sistemas constitucionales en el Estado del que forman parte.

2. LA INSERCIÓN POLÍTICA DE LAS REGIONES EN LA UNIÓN EUROPEA

2.1. La reforma operada por el Tratado de Maastricht

La Región, como sujeto político con capacidad de decisión y participación, sea directa o indirectamente, en la elaboración de la política comunitaria europea, era prácticamente inexistente hasta la reforma del Tratado de Maastricht de 1992. Hasta su entrada en vigor un año más tarde, la participación de las entidades regionales se limitaba prácticamente al ámbito de la Política Regional comunitaria. Ante la débil institucionalización de la participación regional, estas vehiculaban su participación en la política comunitaria a través de una multiplicidad de cauces y mecanismos no oficiales, no muy diferentes a los que utilizaban otros actores socioeconómicos de naturaleza privada. Es el fenómeno conocido como «ceguera regional» de los Tratados constitutivos.

El Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht, es una de las más importantes reformas comunitarias dado que supone el paso de una Comunidad de naturaleza económica a una Unión de naturaleza explícitamente política. Con ocasión de esta reforma de los Tratados, y bajo presión y reivindicación ejercida y liderada fundamentalmente por los *Länder* alemanes, se plantea también cómo encauzar el creciente «déficit democrático regional» que se producía entre unos gobiernos subestatales dotados cada vez de un mayor poder político en el ámbito interno de los Estados, y unas instituciones comunitarias que, salvo en aspectos muy limitados, desconocían «oficialmente» a las Regiones. Así, en la medida en que en la reforma de Maastricht se abordan las cuestiones de naturaleza política, es lógico el corolario del reconocimiento también político de las Regiones en la Unión Europea. Integración política y reconocimiento regional son dos procesos de desarrollo simultáneo que se retroalimentan: conforme la integración europea se intensifica incluyendo más elementos de naturaleza federal (decisión por mayoría en detrimento de la unanimidad, moneda común, ciudadanía europea, políticas de sociedad, etc.), las Regiones simultáneamente encuentran un mayor reconocimiento en el proceso⁵. A partir de entonces, las Regiones van a intensificar y diversificar su actuación en el entramado comunitario europeo en diferentes perspectivas y actividades tanto de naturaleza económica (ya lo venían haciendo) como puramente política⁶.

⁵ DE CASTRO RUANO, J. L., *La emergente participación política de las Regiones en el proceso de construcción europea*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1994.

⁶ TATHAM, M., «Networkers, fund hunters, intermediaries, or policy players? The activities of regions in Brussels», *West European Politics*, vol. 40, 2017, núm. 5, pp. 1088-1108.

El Tratado de Maastricht procede al reconocimiento político del hecho regional en una triple perspectiva: modificación en la formulación de la composición del Consejo para posibilitar la participación regional en esta Institución comunitaria; creación del Comité de las Regiones y reconocimiento del Principio de Subsidiariedad.

La modificación de la composición del Consejo posibilitaría la participación de las autoridades regionales en la principal institución legislativa de la Unión Europea. Una aspiración del movimiento regionalista europeo había sido la posibilidad de que sus representantes pudiesen participar en el Consejo de ministros comunitario cuando se negociaran temas de su competencia. La importancia de estar presente en el Consejo se deriva del hecho de ser el último foro de negociación y transacción política entre las diferentes Administraciones. Y no podemos olvidar que la actuación en el Consejo se desarrolla con un amplio margen de flexibilidad, imprescindible en el curso de una negociación siempre compleja dado el número de actores que la protagonizan y la cantidad de intereses en disputa. El Tratado de Maastricht establecerá en su art. 146 que el representante del Estado en el Consejo sea «de rango ministerial, facultado para comprometer al Gobierno de dicho Estado miembro», superando la formulación anterior que establecía que «el Consejo está formado por los representantes de los Estados miembros. Cada Gobierno estará representado en él por uno de sus miembros». Es el propio Estado quien está facultado para conceder el rango ministerial en el seno de su delegación, pudiendo concederlo a un representante de un Gobierno regional. El único condicionante que se deriva del Derecho comunitario es que solo un miembro de la delegación estatal pueda votar en su nombre, expresando y comprometiendo la posición del conjunto del Estado y no solo de alguna de sus partes componentes; se deja en manos de un acuerdo en el seno del propio Estado la forma y manera en que este organiza su representación ante la institución comunitaria; bien entendido que la titularidad oficial de la representación, la personifique quien la personifique, siempre corresponde al Estado. Los Estados de estructura compleja fueron adoptando diferentes procedimientos que posibilitasen la participación de las autoridades regionales en el seno de su delegación estatal ante el Consejo de Ministros comunitario. En el caso español, esta participación se articula a través de un complejo entramado participativo vehiculado a través de las Conferencias Sectoriales⁷.

La creación de un órgano que representase a las Regiones en la Comunidad Europea era también otra de las más importantes aspiraciones regionales. La reforma de Maastricht iba a responder a esta demanda con la creación del Comité de las Regiones —en adelante CDR—, órgano de carácter consultivo integrado por representantes de los entes locales y regionales de los diferentes Estados comunitarios (de «todos» los Estados comunitarios, también

⁷ Véanse, entre otros, DE CASTRO RUANO, J. L. y UGALDE ZUBIRI, A., *La acción exterior del País Vasco (1980-2003)*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 2004, y LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, E., *Comunidades Autónomas y política europea*, Madrid, Civitas, 2000.

de aquellos que carecen del nivel regional). La creación de este organismo, en principio, supuso un importante reconocimiento simbólico para las autoridades territoriales al disponer en lo sucesivo de un órgano de participación en la elaboración de la decisión comunitaria, que se erigiría además en el instrumento de representación de las autoridades regionales y locales en el ámbito comunitario ante el cual podrían expresar sus intereses y demandas. Por vez primera el Derecho originario comunitario se refería a las Regiones como sujetos del proceso decisorio y no como meros destinatarios de las políticas comunitarias. Este Comité participará en el proceso legislativo comunitario mediante la elaboración de dictámenes consultivos en los ámbitos y según los modos de participación previstos en el Tratado: políticas de educación, cultura, salud pública, redes transeuropeas, cohesión económica y social, etc. Cada país tiene el derecho de elegir a sus miembros según sus propias normas y según sus propios criterios de reparto de los escaños entre miembros de representación regional y local.

Si bien suele ser un lugar común afirmar que la creación del Comité de las Regiones supuso un aldabonazo para la toma de conciencia europeísta de las autoridades territoriales, el significado último de su contribución a la elaboración de la norma comunitaria no deja de ser controvertido, dada su limitada capacidad de influir realmente en las normas comunitarias a través de sus dictámenes. Si originariamente se alimentó la esperanza de que, a la manera del *Bundesrat* alemán, el CDR se convirtiera en una especie de tercera cámara legislativa comunitaria, la realidad fue atemperando buena parte de los discursos más posibilistas y reduciendo la potencialidad de este órgano a lo que verdaderamente es: un organismo de representación heterogénea y muchas veces incluso disfuncional (en él conviven Administraciones públicas locales y municipales —cuarto nivel— con Administraciones regionales —tercer nivel—; y aún debemos diferenciar entre Regiones con poder legislativo y Regiones meramente administrativas, cuya convivencia sigue resultando muchas veces, si no conflictiva, sí por lo menos deficiente dado que el ámbito político y competencial de todos estos poderes territoriales, su naturaleza y, en consecuencia, las demandas que elevan al ámbito comunitario son distintas)⁸, ligado a una lógica estatal (el reparto de escaños responde a criterios de proporcionalidad estatal) y tímida participación territorial inserto en el entramado político y decisorio comunitario, sin rango de institución comunitaria y que tiene cada día que pugnar por encontrar su hueco en el mismo y hacerse valer. Nada más, pero también nada menos⁹.

⁸ Sobre este asunto véase HUICI SANCHO, L., «Las regiones con competencias legislativas en el Comité de las Regiones: los encuentros y desencuentros continúan», en BADIA, A., PIGRAU, A. y OLESTI, A. (coords.), *Derecho Internacional y Comunitario ante los retos de nuestro tiempo: Homenaje a la profesora Victoria Abellán Honrubia*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 1003-1026.

⁹ Para una valoración general sobre el desarrollo y actividad del Comité de las Regiones, véanse CARROL, W., «The Committee of the Regions: A functional analysis of the CoR's Institutional capacity», *Regional & Federal Studies*, vol. 21, 2011, núm. 3, pp. 341-354; DOMONEROK, E., «The Committee of the Regions: in Search of Identity», *Regional & Federal Studies*, vol. 19, 2009, núm. 1, pp. 143-163; DONAS, T. y BEYERS, J., «How regions assemble in Brussels: The organizational form of territorial re-

El Principio de Subsidiariedad se interroga sobre la sede idónea para el ejercicio más satisfactorio de una competencia dada. Básicamente establece que el ejercicio de una competencia corresponderá a aquel nivel político-administrativo mejor capacitado para su materialización óptima. De acuerdo con él, la autoridad debe ejercerse en el nivel más adecuado para una aplicación más eficiente, primando el nivel político más cercano al administrado. Así, toda colectividad superior interviniendo en competencias de una colectividad de base lo hace de forma subsidiaria para remediar una insuficiencia de medios o una incapacidad de resultados de tal colectividad de base. La Subsidiariedad ofrece a los niveles inferiores la garantía contra reivindicaciones desmedidas de competencias por parte de los niveles superiores de poder; pero en sentido contrario, permite a los niveles superiores la asunción efectiva de todas aquellas competencias cuyo ejercicio es juzgado como más eficaz a nivel comunitario. Cierto es que la literalidad expresada en la definición del Principio que realizaba el Tratado de Maastricht, parecía limitar su aplicación a los niveles comunitario y estatal; pero quedaba ya inmerso en su propia naturaleza intrínseca su ejercicio también al nivel subestatal¹⁰. Los defensores de la regionalización pugnaron desde entonces por la extensión del principio al nivel regional, reivindicando el surgimiento de una estructura multinivel en tres dimensiones: Unión Europea, Estados, Regiones. La evolución del proceso de integración acabaría por dotar al enunciado del Principio de Subsidiariedad de esta perspectiva y el Tratado de Lisboa de 2009 explicitará la dimensión regional de la subsidiariedad superando la visión del principio que limitaba su alcance a las relaciones entre la Unión y sus Estados miembros¹¹.

2.2. La Gobernanza Multinivel

Los Gobiernos se enfrentan a desafíos políticos cada vez más complejos, que van desde el cambio climático, a la presión demográfica, el crecimiento de desigualdades y el descontento social, hasta crisis de salud como la que los países se ven obligados a confrontar en la actualidad o la gestión cotidiana de las políticas públicas en general. Responder exitosamente a todas estas cuestiones requiere cada vez enfoques más integrados y coordinados en la formulación

presentation in the European Union», *Publius. The Journal of Federalism*, vol. 43, núm. 4, pp. 527-550; HÖNNIGE, C. y PANKE, D., «The Committee of the Regions and the European Economic and Social Committee. How Influential are Consultative Committees in the European Union?», *Journal of Common Market Studies*, vol. 51, 2013, núm. 3, pp. 452-471; HÖNNIGE, C. y PANKE, D., «Is anybody listening? The Committee of the Regions and the European Economic and Social Committee and their quest for awareness», *Journal of European Public Policy*, vol. 23, 2016, núm. 4, pp. 624-642; LOUGLIN, J., «Representing Regions in Europe: the Committee of the Regions», en JEFFERY, C. (ed.), *The regional dimension of the European Union. Towards a third level in Europe?*, Londres, Routledge, 2015, pp. 147-165; PAZOS VIDAL, S., *Subsidiarity and EU multilevel Governance. Actors, Networks and Agendas*. Abingdon, Routledge, 2019 (concretamente su capítulo: «The Committee of the Regions, 20 years on»).

¹⁰ DE CASTRO RUANO, J. L., «El principio de Subsidiariedad en el Tratado de la Unión Europea: una lectura en clave regional», *Gaceta Jurídica y de la CE*, D-24, 1995.

¹¹ MORATA, F., «Subsidiariedad, regiones y Unión Europea», *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 35, 2006, p. 73.

de políticas a todos los niveles de gobierno para gestionar responsabilidades compartidas, dependencias mutuas y desafíos comunes. Todos los niveles de gobierno deben concurrir a la definición y ejecución de las políticas públicas¹².

El efecto combinado de las soluciones que el Tratado de Maastricht proporcionó a la cuestión regional fue valorado de forma mayoritaria por la doctrina como la plasmación en la Unión Europea de la denominada «política del tercer nivel». Plasmación inicial de lo que, en una voluntariosa interpretación, habría de evolucionar primero hacia una incierta y siempre indefinida «Europa de las Regiones»¹³ y posteriormente a un «Nuevo Regionalismo»¹⁴ en el que las Regiones emergerían como nuevos actores en la arena política europea conformada así como un complejo sistema de Gobernanza Multinivel —en adelante GMN—¹⁵ en el que concurren diferentes niveles políticos; uno de ellos, el «tercer nivel», aquel que se corresponde en el Estado español con las Comunidades Autónomas pero que genérica y comúnmente se identifica en el léxico comunitario como nivel regional¹⁶.

Desde esta narrativa de la GMN, respondiendo a un enfoque analítico eminentemente práctico que, en muchas ocasiones, desafía la precisa —y teórica— articulación jurídica¹⁷, la Unión Europea se entiende como un sistema político sin un centro definido de autoridad jerarquizada, en el que una multiplicidad de actores políticos de diferente naturaleza y de diferente nivel, concurren colectivamente a la elaboración de la norma comunitaria¹⁸. De esta forma, la Unión Europea se caracterizaría por una dispersión de la autoridad entre todos esos actores y niveles de gobernanza, en un complejo y difuso solapamiento de competencias y autoridades de niveles de gobierno interdependientes. Las Regiones serían uno más de esos múltiples actores en concurrencia e interacción en que se ha convertido la arena comunitaria. El discurso regionalista se inserta así en el pensamiento teórico de la GMN¹⁹. De la «Eu-

¹² ALLAIN-DUPRÉ, D., «The multi-level governance imperative», *The British Journal of Politics and International Relations*, vol. 22, 2020, núm. 4, pp. 800-808.

¹³ PETSCHEN, S., *La Europa de las Regiones*, Barcelona, Institut d'Estudis Autònòmics, 1992.

¹⁴ BALME, R. (ed.), *Les politiques du néo-régionalisme*, París, Economica, 1996; KEATING, M., *The New Regionalism in Western Europe. Territorial Restructuring and Political Change*, Aldershot, Edward Elgar, 1998; KEATING, M., «Territorial Politics and the New Regionalism», en MORATA, F. (dir.), *Regional Governance in the EU*, Barcelona, Universitat Autònoma de Barcelona, 2002; KEATING, M. y LOUGHLIN, J. (eds.), *The Political Economy of Regionalism*, Londres, Frank Cass, 1997.

¹⁵ El concepto fue introducido en el léxico comunitario en el *Libro Blanco de la Gobernanza Europea* de la Comisión europea de julio de 2001 [COM (2001) 428 fin]. Debemos la creación de esta teoría a los politólogos Liesbet HOOGHE y Gary MARKS; véase su obra seminal *Multi-level Governance and European Integration*, Lanham, Rowman & Littlefield, 2001.

¹⁶ TATHAM, M., «Regional voices in the European Union: subnational influence in multilevel politics», *International Studies Quarterly*, vol. 59, 2015, núm. 2, pp. 387-400.

¹⁷ CHARBIT, C., «From “de iure” to “de facto” decentralised public policies: The multi-level governance approach», *The British Journal of Politics and International Relations*, vol. 24, 2020, núm. 4, pp. 809-819.

¹⁸ MORATA, F. (ed.), *Gobernanza Multinivel en la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

¹⁹ Para una comprensión conceptual del principio de la Gobernanza Multinivel, véanse entre otros: BACHE, I., BARTLE, I. y FLINDERS, M., «Multi-level governance», en ANSELL, C. y TORFING, J., *Handbook on Theories of Governance*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2016, pp. 486-498; BENZ, A.,

ropa DE las Regiones» en una especie de juego de suma cero con los Estados, pasamos a una más pragmática «Europa CON las Regiones» en las que estas cooperan con el Estado —y otros actores— para la elaboración y ejecución de la norma comunitaria. Sin embargo, estos discursos, ilusionantes para unos, meramente ilusos para muchos otros, no se han visto correspondidos por la práctica cotidiana del proceso de adopción de decisiones en Bruselas.

3. EL TRATADO DE LISBOA: NUEVA FASE EN LA CUESTIÓN REGIONAL

3.1. Retomando la agenda regional

La última reforma comunitaria, el Tratado de Lisboa en vigor desde el 1 de diciembre de 2009, aunque de forma tímida, va a retomar la senda de la profundización regional en el sistema político comunitario que se inició con Maastricht, y que las reformas de Ámsterdam y Niza habían abandonado al no incluir referencias sustanciales a la cuestión regional. Este Tratado incluye diferentes disposiciones referentes a la cuestión regional susceptibles de ampliar el protagonismo de las Regiones en el ámbito comunitario²⁰.

«Multilevel Governance in the European Union. Loosely Coupled Arenas of Representation, Participation and Accountability», en PIATTONI, S. (ed.), *The European Union. Democratic Principles and Institutional Architectures in Times of Crisis*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 201-218; BÖRZEL, T. A., «Multilevel governance or multilevel government?», *The British Journal of Politics and International Relations*, vol. 22, 2020, núm. 4, pp. 776-783; GEORGE, S., «Multi-level governance and the European Union», en BLACHE, I. y FLINDERS, M. (eds.), *Multi-level governance*, Oxford, Oxford University Press, 2004; PIATTONI, S., «Multi-level governance: A historical and conceptual analysis», *Journal of Common Market Studies*, vol. 31, 2009, núm. 2, pp. 163-180; PIATTONI, S., *The Theory of Multi-Level Governance: Conceptual, Empirical and Normative Challenges*, Oxford, Oxford University Press, 2010; PIATTONI, S., «Multilevel governance», en DETTERBECH, K. y HEPBURN, E., *Handbook of Territorial Politics*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2018, pp. 61-73; STEPHENSON, P., «Twenty Years of Multi-level governance: Where Does It Come From? What Is It? Where Is It Going?», *Journal of European Public Policy*, vol. 20, 2013, núm. 6, pp. 817-837.

²⁰ Para profundizar en la afectación del Tratado de Lisboa a las Regiones véase HÖGENAUER, A.-L., «The impact of the Lisbon reform treaty on regional engagement in EU policy-making. Continuity or change?», *European Journal of Law Reform*, vol. 10, 2008, núm. 4. Dentro de la literatura española, véase entre otros ARES CASTRO-CONDE, C., *La participación de las regiones en el sistema político de la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010; CARMONA CONTRERAS, A. M., «Tratado de Lisboa y organización territorial del Estado: ¿nada nuevo bajo el sol?», *Teoría y realidad constitucional*, 2009, núm. 23, pp. 237-256; CORTÉS MARTÍN, J. M., «El Tratado de Lisboa y las Regiones», *Revista de Estudios Regionales*, 2009, núm. 86; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «Comunidades Autónomas y Unión Europea tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Sobre los riesgos de una reforma del Estado Autonómico sin reforma de la Constitución», *Revista Española de Derecho Europeo*, 2010, núm. 33; OLESTI RAYO, A. (dir.), *La incidencia del Tratado de Lisboa en el ejercicio de las competencias autonómicas*, Barcelona, Institut d'Estudis Autonòmics, 2010; OLESTI RAYO, A. (coord.), *La administración autonómica y el Tratado de Lisboa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012; PÉREZ MEDINA, J. M., «Tratamiento de la cuestión regional en el Proyecto de Tratado Constitucional de la Unión Europea», *Revista General de Derecho Europeo*, 2004, núm. 4; SOBRIDO PRIETO, M., «El papel de las Regiones en la Constitución Europea», *Revista General de Derecho Europeo*, 2005, núm. 8 (recordemos que, a estos efectos, el Tratado de Lisboa y el *non nato* Tratado por el que se establece una Constitución para Europa son semejantes, por lo que las reflexiones para este segundo son válidas también para analizar las disposiciones en la materia del Tratado de Lisboa).

El Tratado de Lisboa, en el art. 3.3 del Tratado de la Unión Europea —en adelante TUE—, incorpora la dimensión territorial de la Unión Europea y por primera vez reconoce explícitamente la cohesión territorial como una finalidad de la Unión Europea, así como el respeto de la diversidad cultural y lingüística. Además, queda ahora consagrado el reconocimiento de la autonomía regional y local, si bien, con el límite explícito del respeto a la integridad territorial del Estado —art. 4.2 TUE—. Aunque sigue sin adquirir el rango de institución comunitaria que muchos demandan, el Comité de las Regiones se potenciará en Lisboa al serle concedido la posibilidad de interponer recurso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea contra actos legislativos de la Unión Europea por incumplimiento del Principio de Subsidiariedad en los ámbitos en los que el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea —en adelante TFUE— exige su consulta preceptiva que también se verán aumentados en esta reforma comunitaria. Además, podrá interponer recurso ante el mismo Tribunal «con el fin de salvaguardar sus prerrogativas» según recoge el art. 263 TFUE. El Tratado de Lisboa incluirá además una nueva formulación de la Subsidiariedad —art. 5.3 TUE— que se extiende explícitamente a los distintos niveles territoriales de gobierno, incluyendo como es obvio a las Regiones, superando de esta forma la limitada visión del Principio de Subsidiariedad incluida en Maastricht que limitaba su alcance a las relaciones entre el nivel comunitario y el estatal, según hemos señalado anteriormente. Además, las Regiones podrán ser consultadas por la Comisión en el momento de elaboración de la norma comunitaria como partes interesadas y concernidas: art. 11.3 TUE y art. 2 del Protocolo núm. 2 sobre la aplicación de los Principios de Subsidiariedad y Proporcionalidad: «Antes de proponer un acto legislativo, la Comisión procederá a amplias consultas. Estas consultas deberán tener en cuenta, cuando proceda, la dimensión regional y local de las acciones previstas».

Por último señalar que el Tratado de Lisboa incorpora a los Parlamentos regionales con competencias legislativas al control de la Subsidiariedad a través del denominado Sistema de Alerta Temprana ejercido por los Parlamentos estatales; pero también por aquellos Parlamentos regionales con competencias legislativas (art. 6 del Protocolo núm. 2 sobre la aplicación de los Principios de Subsidiariedad y Proporcionalidad: «Incumbirá a cada Parlamento nacional o a cada cámara de un Parlamento nacional consultar, cuando proceda, a los Parlamentos regionales con competencias legislativas»²¹).

3.2. Las Regiones y el control de la Subsidiariedad

Es quizá en lo referido al control del Principio de Subsidiariedad, elemento central de un sistema de Gobernanza Multinivel como el comunitario²²,

²¹ Véase KUIVER, P., *The Early Warning System for the Principle of Subsidiarity: Constitutional Theory and Empirical Reality*, Londres, Routledge, 2012.

²² PAZOS-VIDAL, S., *Subsidiarity and EU Multilevel Governance. Actors, Networks and Agendas*, Abingdon, Routledge, 2019.

donde se produce la mayor innovación en la cuestión regional en el Tratado de Lisboa. De acuerdo con sus previsiones, puede llevarse a cabo un control jurisdiccional *a posteriori* de la elaboración de la norma a cargo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a petición de los Estados y, desde la reforma del Tratado de Lisboa, también de las Regiones a través del CDR²³. Dada la naturaleza fundamentalmente política del Principio de Subsidiariedad, este control jurisdiccional es muy difícil de llevar a cabo. Pero también puede realizarse un control *ex ante*, en un momento más temprano del proceso de elaboración de la norma, paralelamente al proceso legislativo; nos referimos al citado anteriormente Sistema de Alerta Temprana ejercido por los Parlamentos estatales y los Parlamentos regionales con competencias legislativas —art. 6 del Protocolo núm. 2 referido en el párrafo anterior—²⁴. Los efectos jurídicos de los dictámenes motivados elaborados por los Parlamentos nacionales y también por los Parlamentos regionales «cuando proceda» (art. 6 del Protocolo), «se tendrán en cuenta» (art. 7.2 del Protocolo) y serán diferentes en función de su número y de que su valoración del respeto del Principio de Subsidiariedad sea contraria o favorable. Cuando estos dictámenes negativos representen al menos un tercio del total de votos atribuidos a los Parlamentos nacionales el proyecto deberá volverse a estudiar (es el procedimiento conocido como «tarjeta amarilla»); tras este nuevo estudio, la Comisión podrá mantener el proyecto, modificarlo o retirarlo, decisión que deberá motivar en cualquier caso. A pesar del carácter discrecional que reviste casi todo el contenido del Protocolo núm. 2²⁵, no conviene desestimar los efectos de esta «tarjeta amarilla», pues aunque en sentido técnico-jurídico no implica un bloqueo de la propuesta (y la Comisión puede enrocarse en mantenerla siempre que motive su decisión) desde un punto de vista político no parece muy factible aventurar que una propuesta legislativa llegue a buen puerto con el rechazo expreso de un tercio de los Parlamentos nacionales²⁶. Con todo, hay que saber que, en algún caso, estos dictámenes pueden llegar a suponer que el legislador comunitario tenga que desestimar la propuesta legislativa; es decir, las cámaras legislativas pueden tener la capacidad de sacar una verdadera «tarjeta roja» al legislador comunitario: si por mayoría del 55 por 100 de los miembros —no de los votos— del Consejo, es decir 15 Estados, o por

²³ Art. 8 del Protocolo núm. 2 sobre la aplicación de los Principios de Subsidiariedad y Proporcionalidad: «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse sobre los recursos por violación del principio de subsidiariedad, por parte de un acto legislativo, interpuesto con arreglo a los procedimientos establecidos en el art. 263 TFUE [...] el Comité de las Regiones también podrá interponer recursos contra actos legislativos para cuya adopción el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea requiera su consulta».

²⁴ El complejo procedimiento lo hemos analizado en profundidad en DE CASTRO RUANO, J. L., «El Sistema de Alerta Temprana para el control de la subsidiariedad: su aplicación por el Parlamento Vasco», *Revista CIDOB d'afers internacionals*, 2012, núm. 99. Puede verse también en SCHMITT, P., RUYTS, T., MARX, A. et al., *The Subsidiarity Early Warning System of the Lisbon Treaty. The role of regional parliaments with legislative powers and other subnational authorities*, Bruselas, Committee of the Regions, 2013.

²⁵ CORRAL SUÁREZ, M., «La Ley 24/2009, del 22 de diciembre, y la participación de los parlamentos regionales en el control de la Subsidiariedad», *Revista de Estudios Europeos*, 2009, núm. 53, p. 90.

²⁶ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «Comunidades Autónomas y Unión Europea tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa...», *op. cit.*, p. 60.

mayoría de los votos emitidos en el PE, es decir, mayorías no imposibles de conseguir²⁷, el legislador considera que la propuesta no es compatible con el Principio de Subsidiariedad, se desestimarán la propuesta legislativa. Corresponde a cada Estado fijar las condiciones para regular las previsiones que realiza el Protocolo núm. 2 referido anteriormente, así como precisar la forma y manera concreta en que se producirá la actuación de su Parlamento y de las cámaras regionales en esta cuestión.

Es innegable que el Sistema de Alerta Temprana diseñado en el Tratado de Lisboa supone un paso más en la progresiva implicación de los actores regionales en el proceso de construcción europea. Además, al aumentar el número de actores que se incorporan al diálogo político en la elaboración de la norma comunitaria, se aumenta igualmente la legitimidad de esta. Pero hemos de llamar la atención también que lo hace de una manera tremendamente compleja y difícil de articular y en el caso español al menos, de una forma no vinculante para los Parlamentos regionales que, en la práctica, se convierte más en un procedimiento y mecanismo de información a los parlamentarios autonómicos de los proyectos en trámite de legislación comunitaria que de participación política real en los mismos. Además, y también en lo que se refiere al caso español, al no contar con una cámara de representación territorial puramente autonómica, la voz regional queda diluida en un procedimiento intermediado por la Comisión Mixta Congreso Senado para la UE la que esta tiene prácticamente todo el poder de decisión. Por todo ello, la doctrina de forma abrumadoramente mayoritaria ha expresado el escepticismo hacia este mecanismo con importantes dosis de disfuncionalidad; escepticismo que no es menor en la propia práctica de los Parlamentos autonómicos²⁸.

Pero más allá de la particular situación española, hemos de señalar que es el sistema en su conjunto, el funcionamiento ordinario del mismo de acuerdo a su concepción, el que no está resultando todo lo funcional que los legisladores desearon con su inserción en el Tratado de Lisboa. Así, si nos detenemos en el análisis del último Informe de la Comisión sobre la cuestión publicado hasta el momento de redactar estas páginas²⁹, vemos que durante el año 2019, el PE recibió formalmente 62 documentos de los Parlamentos nacionales en virtud de este Protocolo núm. 2; ninguno de ellos eran dictámenes motivados en el sentido del Protocolo que plantearan asuntos relacionados con el cumplimiento del Principio de Subsidiariedad; era la primera vez que

²⁷ Apreciación de GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M. J., *La adaptación al Tratado de Lisboa (2007) del sistema institucional decisorio de la Unión, su acción exterior y personalidad jurídica*, Granada, Comares, 2010, p. 62.

²⁸ Véase ALONSO DE LEÓN, S., «Análisis crítico del papel de los parlamentos regionales en el control del principio de subsidiariedad en la Unión Europea», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2011, núm. 16, pp. 283 y ss.; JONSSON CORNELL, A. y GOLDONI, M. (eds.), *National and Regional Parliaments in the EU-legislative procedure Post-Lisbon. The Impact of the Early Warning Mechanism*, Oxford, Hart Publishing, 2017; UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, D., *Parlamentos regionales y control de subsidiariedad*. Madrid, Iustel, 2018.

²⁹ COMISIÓN EUROPEA, *Informe anual de 2019 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad y sobre las relaciones con los parlamentos nacionales*, Bruselas, COM (2020) 272 final, 30 de junio.

desde la incorporación del mecanismo de control de la Subsidiariedad, la Comisión no recibía ningún dictamen motivado de los Parlamentos nacionales (hay que reconocer, no obstante, que en el 2018, el PE recibió formalmente 46 dictámenes motivados)³⁰. También el número de dictámenes referidos a iniciativas no legislativas o de iniciativa propia han ido disminuyendo³¹.

Como hemos señalado ya más arriba, corresponderá a cada Parlamento nacional consultar, cuando proceda, a los Parlamentos regionales que posean competencias legislativas. Así las cosas, los Parlamentos regionales tienen una participación muy esporádica en el control de la Subsidiariedad en la práctica totalidad de los Estados. Durante el periodo comprendido en el citado Informe, en 2019, algunos de ellos, especialmente de Alemania, emitieron resoluciones directamente a la Comisión con comentarios sobre la Subsidiariedad (lo hizo el *Land* de Baviera), sobre el futuro de Europa (lo hizo Baden-Württemberg) y aspectos políticos de varias propuestas de la Comisión; el Parlamento flamenco envió un dictamen a la Comisión sobre la estrategia de la Unión Europea posterior al *Brexit*, y algunos casos más³².

Así las cosas, como señala el propio Comité de las Regiones:

«El protagonismo anunciado de los entes territoriales descentralizados previsto en el Tratado de Lisboa aún no se ha concretado con una auténtica perspectiva de subsidiariedad y participación en el proceso legislativo europeo. Por consiguiente, los entes territoriales siguen siendo como casi siempre meros puntos terminales de las políticas de la Unión Europea y no verdaderos protagonistas de su elaboración, también y en particular de la legislación»³³.

Quizá sea esta la razón por la que en la novena Conferencia sobre la Subsidiariedad organizada por el CDR y celebrada el 22 de noviembre de 2019 en Roma, se puso en marcha un nuevo proyecto piloto sobre aportaciones de los debates políticos en los Parlamentos regionales en cooperación con la Conferencia de Asambleas Legislativas Regionales Europeas (CALRE) con el objetivo de ofrecer una perspectiva regional sobre el trabajo anual de la Comisión dando voz a los Parlamentos regionales con competencias legislativas acerca de la elaboración del programa de trabajo³⁴. Durante el 2019, el Comité adoptó 49 dictámenes relacionados con su actividad de control de la

³⁰ Quizá el hecho de que 2019 fuera un año de transición entre dos mandatos de la Comisión, con menos iniciativas y propuestas legislativas que en un año «normal», explique este descenso tan notable del volumen de trabajo para los parlamentos nacionales en el contexto del mecanismo de control de la subsidiariedad. En todo caso, el porcentaje de dictámenes motivados en comparación con el número total de dictámenes está disminuyendo año a año: 10,5 por 100 en 2016, 9 por 100 en 2017, 6,5 por 100 en 2018, ninguno en 2019, ¿fatiga en el control de la subsidiariedad o evidencia de una mejora en la propuesta legislativa de la Comisión en cuanto a su compromiso por integrar los principios de Subsidiariedad y Proporcionalidad en sus propuestas legislativas?

³¹ Siendo estas un total de 159 en el 2019 (el número más bajo desde el inicio del diálogo político en 2007), 569 en el 2018, 576 en el 2017, Véase COMISIÓN EUROPEA, *op. cit.*, nota 29, pp. 11-12.

³² *Ibid.*, pp. 21-22.

³³ Punto 4 de la «Resolución del Comité de las Regiones sobre el *Libro Blanco de la Comisión Europea sobre el futuro de Europa*. Reflexiones y escenarios para la Europa de los Veintisiete en 2025», (DOUE, C 306 de 15 de septiembre de 2017).

³⁴ <https://cor.europa.eu/es/news/Pages/changing-the-way-the-eu-works.aspx>.

subsidiariedad, de los que cinco estaban relacionados con propuestas legislativas (en esos casos, se incluía una evaluación directa del cumplimiento de la subsidiariedad y la proporcionalidad o se llevaban a cabo recomendaciones específicas para mejorar el cumplimiento de tales principios)³⁵.

4. LAS DEBILIDADES DEL RECONOCIMIENTO REGIONAL EN LA UNIÓN EUROPEA

4.1. La fatiga regional en el debate comunitario

De todo lo visto hasta ahora, podríamos deducir que, con el Tratado de la Unión Europea firmado en Maastricht, la década de los noventa del pasado siglo fue el momento de oro del hecho regional en la Unión Europea; mal que bien, allí se sentaron las bases del entramado participativo regional que sigue existiendo en nuestros días, con las débiles modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa, dado que las reformas de Ámsterdam y Niza ignoraron por completo esta cuestión.

Y más de dos décadas después, las Regiones, por lo menos aquellas con una mayor caracterización política y poder legislativo —las denominadas Regiones Constitucionales—, siguen buscando mecanismos que permitan institucionalizar de manera eficiente su participación por lo menos en aquellos ámbitos donde son titulares de la competencia.

Como señalábamos más arriba, a lo largo de estas décadas hemos transitado desde una incierta, ambigua y siempre indefinida propuesta de «Europa de las Regiones» desarrollada en los años ochenta y noventa del pasado siglo en el que las Regiones desplazarían incluso al Estado como centro decisorio del proceso político —siempre según las interpretaciones más maximalistas—, hasta un «Nuevo Regionalismo» y una forma de gobernanza compleja y de múltiples niveles, más contenido en su alcance y más pragmático, en el que las Regiones emergerían como unos actores más en la arena política comunitaria europea concurrendo y compitiendo simultáneamente con otros actores y niveles políticos; pasaríamos así de una Europa «integrada por» las Regiones, a otra forma de Europa en la que «también» hay Regiones³⁶. Es decir, estas han ido adoptando una posición cada vez más pragmática para priorizar, finalmente y en muchos casos, la elaboración de su política europea a través de cauces internos —estatales— de participación como señalaremos luego.

No podemos obviar una cierta «fatiga regional» sobre la Unión Europea, consecuencia de años y años de recibir respuestas insatisfactorias y poco funcionales a sus principales demandas. La cuestión de la participación regional, paradójicamente, se ha ido diluyendo hasta ocupar en la actualidad un

³⁵ COMISIÓN EUROPEA, *Informe anual de 2019 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad...*, *op. cit.*, p. 8.

³⁶ Una interpretación de todo este proceso lo encontramos en KEATING, M., «A quarter century of the Europe of the regions», *Regional & Federal Studies*, vol. 18, 2008, núm. 5, pp. 629-635.

lugar ciertamente marginal en el debate comunitario europeo³⁷. Tampoco podemos obviar las consecuencias derivadas del cambio de morfología que ha operado la Unión Europea desde Maastricht hasta hoy como consecuencia de las sucesivas ampliaciones: de la «Europa de los doce» hemos pasado en fases sucesivas a la «Europa de los veintiocho» al incorporar una multiplicidad de Estados en la mayoría de los casos de naturaleza bastante centralizada o con fuertes poderes locales; pero sin tradición de autogobierno regional. El *Brexit* que nos devuelve a la «Europa de los veintisiete» debilita aún más la posición de las «regiones fuertes» ya que la marcha de Reino Unido supone también el abandono de la Unión Europea de importantes actores regionales como Escocia —de manera muy notable— y País de Gales.

Esta dilución progresiva del debate regional en la agenda comunitaria queda bien reflejada cuando constatamos, por ejemplo, que las referencias a esta cuestión son prácticamente inexistentes en los principales documentos de trabajo que sirven de base a la convocatoria de la Conferencia sobre el Futuro de Europa. Así, el Consejo Europeo en las Conclusiones de su reunión del 12 de diciembre de 2019, cuando se refiere a los participantes en la Conferencia sobre el futuro de Europa, señala al Consejo, al Parlamento Europeo, a la Comisión, a los Estados miembros y a sus Parlamentos; se refiere también a «amplias consultas a los ciudadanos durante el proceso» pero olvida al Comité de las Regiones y a las Regiones mismas³⁸. El Parlamento Europeo, sin embargo, sí solicita la inclusión del Comité de las Regiones en el Pleno de la Conferencia, aunque lo hace de forma bastante contenida, únicamente «con cuatro miembros», y no demanda que haya representación regional en el Comité Director ni en el Consejo de Coordinación Ejecutivo³⁹. También la Comisión contempla, como no puede ser de otra forma, la participación de las «autoridades regionales y locales y de la sociedad civil»⁴⁰. Las escasas referencias que encontramos son las que se refieren a una mejora de las fórmulas de cooperación con el CDR, de forma que sus posicionamientos adquieran más eficacia a lo largo de todo el proceso legislativo y su vinculación con el principio de Subsidiariedad⁴¹ o alguna colateral referida a las Regiones legislativas, al recordar el papel de los Parlamentos regionales con competencias legislativas⁴². Más preocupante

³⁷ HEPBURN, E., «The rise and fall of a Europe of the regions», *Regional & Federal Studies*, vol. 18, 2008, núm. 5, pp. 537-555. Véase también PASQUIER, R., «La fin de l'Europe des régions?», *Politique européenne*, vol. 4, 2015, núm. 50, pp. 150-159.

³⁸ Véase el punto 16 de las Conclusiones de la Reunión del Consejo Europeo de 12 de diciembre de 2019.

³⁹ Véase punto 14 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de enero de 2020, sobre la posición del Parlamento Europeo sobre la Conferencia sobre el Futuro de Europa.

⁴⁰ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council «Shaping the Conference on the Future of Europe», Bruselas, 22 de enero de 2020, COM (2020) 27 final.

⁴¹ Véanse por ejemplo los puntos 45 y 46 de la Resolución del Parlamento Europeo de 16 de febrero de 2017, sobre mejora del funcionamiento de la construcción de la Unión Europea, aprovechando el potencial del Tratado de Lisboa (*DOUE*, C 252, de 18 de julio de 2018).

⁴² Véase el punto 16 de la Resolución del Parlamento Europeo de 13 de febrero de 2019, sobre la situación del debate sobre el futuro de Europa.

todavía es el hecho de que la cuestión regional no encuentre eco tampoco en las propuestas de la Cámara de Estrasburgo que implican modificaciones de los Tratados (Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, sobre posibles modificaciones y ajustes de la actual configuración institucional de la Unión Europea), donde encontramos solo una tópica referencia a la contribución del Comité de las Regiones a aumentar la legitimidad democrática de los procesos legislativos y de formulación de políticas en los dos últimos *Considerandos*.

Tampoco el Libro Blanco de la Comisión sobre el Futuro de Europa, que pretendía, nada menos que lanzar la reflexión sobre la Unión Europea posterior al 2025, se acordó de las Regiones. No reconoció ni tuvo en cuenta a la Gobernanza Multinivel como uno de los elementos singulares de la Unión Europea; este Libro Blanco tampoco previó las implicaciones territoriales de los diferentes escenarios de futuro que planteaba el documento⁴³. Posteriormente, la Declaración de Roma de 25 de marzo de 2017 que conmemoraba el 60 aniversario de los Tratados de Roma sí incluyó una referencia a las Regiones, aunque de forma bastante tópica y poco comprometida cuando los líderes afirmaban en ella que:

«Trabajaremos juntos al nivel que suponga un avance real, tanto si es en la Unión Europea como a escala nacional, regional o local, y en un espíritu de confianza y cooperación leal [...] en consonancia con el Principio de Subsidiariedad»⁴⁴.

4.2. Las limitaciones del Comité de las Regiones

El CDR tiene muchas limitaciones, esta es una asunción de principio generalmente asumida hoy en día por la mayor parte de la literatura especializada sobre la cuestión⁴⁵. Para empezar, expresa una muy tímida participación en el proceso legislativo comunitario, tanto por la función solo consultiva que desde el origen le atribuyeron los Tratados, como por el inadecuado «momento» de su intervención en el proceso de elaboración de la norma comunitaria. El Comité se pronuncia una vez que la Comisión ha adoptado ya la propuesta legislativa y tras la elaboración de la misma por parte del Consejo; si bien, antes de que la misma sea discutida entre el Consejo y el Parlamento Europeo, por lo que hay todavía cierta incertidumbre acerca de todos los términos del debate. Las Resoluciones del CDR sí son tenidas en cuenta por el Parlamento para la elaboración de aquellas; pero el aspecto negativo es que el aporte que

⁴³ Véase *Libro Blanco sobre el Futuro de Europa. Reflexiones y escenarios para la Europa de los Veintisiete en 2025*. Comisión Europea COM (2017) 2025 de 1 de marzo de 2017, <https://ec.europa.eu/commission>.

⁴⁴ Véase *Declaración de Roma, 25 de marzo de 2017*, <https://www.consilium.europa.eu>.

⁴⁵ Para una valoración general de las limitaciones de este órgano, véase DE CASTRO RUANO, J. L., «El Comité de las Regiones en su vigésimo aniversario: hacia una redefinición de su papel político e institucional en busca de su lugar en el mundo comunitario», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2014, núm. 49, pp. 917-941.

proporciona el Comité resulta invisibilizado por la actuación de la Cámara de Estrasburgo. Es decir, su participación se produce en un momento ya muy avanzado de la propuesta legislativa. En busca de un protagonismo más efectivo, su participación debería producirse o «antes» o «después» de cuando se produce realmente. «Antes» y así poder influir en la definición de la iniciativa de la Comisión o «después» para pronunciarse cuando todas las posiciones están ya sobre la mesa.

En nuestra opinión, su principal elemento de debilidad —aun siendo importante— no reside tanto en la falta de reconocimiento como institución comunitaria o en su naturaleza consultiva; algunos incluso, estiman que el impacto de sus iniciativas es mayor que lo que se deriva de sus competencias formales⁴⁶. Para nosotros su principal causa de debilidad reside en las consecuencias derivadas de la heterogeneidad exagerada de sus unidades componentes (y no me refiero únicamente a los niveles local y regional). La extrema variedad de lo que constituye una Región en los distintos Estados de la Unión Europea (incluso dentro de categorías más limitadas y hasta cierto punto más homogéneas, como las «Regiones legislativas», por ejemplo) y, en consecuencia, las particulares demandas de cada una de ellas al organismo, se ha revelado como una barrera difícil de superar. La distinción entre una Región legislativa de un Estado y otra de otro Estado, incluso la diferencia entre distintas Regiones legislativas pertenecientes a un mismo Estado, muchas veces es tanto política como legal y competencial. Así, en unos casos el órgano bruseliense tiene unas atribuciones que superan las competencias y demandas de muchos de sus miembros; pero en otras ocasiones, para otras Regiones, estas mismas atribuciones competenciales del Comité, ni siquiera significan un mínimo acomodo en el entramado institucional comunitario. Además de la heterogeneidad cualitativa, que es la que habitualmente refleja la literatura especializada, tampoco podemos olvidar la modificación desde el punto de vista cuantitativo que experimentará el Comité desde su creación⁴⁷. El Comité ha visto ampliados sus escaños desde los 189 miembros titulares —y otros tantos suplentes— en su primera formación, hasta los 329 miembros actuales (una vez llevado a cabo el reajuste consiguiente tras el abandono de la Unión Europea por parte de Reino Unido), lo que implicará una intensa fragmentación de sus intereses, además de un aumento considerable en términos porcentuales de representantes de poderes locales, supralocales y de entidades caracterizadas por una muy débil regionalización (aproximadamente más de un 70 por 100 del total de sus integrantes son de esta naturaleza). La lógica estatal que prima en su composición tiene

⁴⁶ Véase PIATTONI, S. y SCHÖNLAU, J., *Shaping EU policy from below: EU democracy and the Committee of the Regions*, Cheltenham, Edward Elgar, 2015. Los autores muestran como el CDR puede influenciar la elaboración política de la Unión Europea desde abajo, a pesar de su relativamente débil posición en el *decision-making process*. En sentido semejante véase SCHÖNLAU, J., «Beyond mere consultation: Expanding the European Committee of the Regions' role», *Journal of Contemporary European Research*, vol. 13, 2017, núm. 2, pp. 1166-1184.

⁴⁷ BRUNAZZO, M. y DOMORENOK, E., «New members in old institutions: the impact of enlargement on the Committee of the Regions», *Regional & Federal Studies*, vol. 18, 2008, núm. 4, pp. 429-448.

por ejemplo consecuencias tan irracionales como que Malta, con únicamente 500.000 ciudadanos y sin estructuras regionales, cuente con cinco escaños y el populoso *Land* de Renania del Norte-Westfalia, con más de 18 millones de habitantes, cuente con un único representante, igual que Baviera, con 13 millones de habitantes, o la Región de Île de France, con 11 millones, por poner los ejemplos más extremos.

Así las cosas, el CDR no se ha convertido en un órgano de representación y participación regional realmente funcional. Su rol en el marco institucional no ha sido el de constituirse como foro para la participación de las Regiones constitucionales en la Unión Europea, sino el de incrementar su propio poder de agencia y *agentic power* respecto al marco institucional de la Unión Europea e incluso respecto a sus teóricos representados⁴⁸.

La otra función reservada al Comité, especialmente tras el Tratado de Lisboa, es la de erigirse, con todas sus limitaciones, en guardián de la Subsidiariedad⁴⁹. Así, el Tratado le reconoce el derecho a interponer recurso ante el TJUE contra un acto legislativo de la Unión Europea por incumplimiento de la Subsidiariedad. Pero por la propia naturaleza política y no jurídica de este principio, el control jurisdiccional de la Subsidiariedad *a posteriori* de la elaboración de la norma resulta problemático. Como principio de dimensión política, la valoración del respeto de la Subsidiariedad implica un amplio margen de apreciación para las instituciones. El TJUE debe valorar si se respeta el principio en su aspecto procedimental (es decir, si se trata de una competencia no exclusiva pues solo en ellas es de aplicación, si se ha motivado suficientemente la necesidad de actuar, etc.) y en su contenido material, es decir, si el objetivo pretendido no puede lograrse de manera más eficaz mediante la acción de los Estados y si la acción comunitaria es mejor de la que pudieran llevar a cabo los Estados, debido a su naturaleza o dimensión⁵⁰. Y todo esto tiene un margen de discrecionalidad difícil de apreciar por parte del Tribunal. Por todo ello, resulta más pertinente llevar a cabo un control político de la Subsidiariedad que se sustancie antes de la adopción final de la norma comunitaria, en un momento más temprano del proceso de su elaboración, paralelamente al proceso legislativo o incluso en la fase prelegislativa. Y en esos momentos, el CDR puede aportar un valor nada desdeñable. Es mejor actuar en esos momentos y evitar el recurso *ex post* ante el TJUE; de hecho, realmente, se ha invocado muy pocas veces el Principio de Subsidiariedad ante el Tribunal de Justicia, y hasta ahora, nunca se ha anulado un acto por violación del Principio de Subsidiariedad⁵¹.

⁴⁸ PAZOS VIDAL, S., «La paradiplomacia europea de las regiones con competencias legislativas y autoridades locales», *Asociación Española de Ciencia Política y de la Administración*, XIII Congreso, Santiago de Compostela, septiembre de 2017, <https://aecpa.es/es-es/>.

⁴⁹ DE CASTRO RUANO, J. L., «El Comité de las Regiones en su vigésimo aniversario...», *op. cit.*

⁵⁰ De acuerdo con el contenido del art. 5.2 TUE.

⁵¹ Aunque sí se haya hecho por violación del principio de atribución de competencias y del principio de proporcionalidad. Véase GONZÁLEZ PÉREZ, M. C., «El principio de subsidiariedad en la Unión Europea: cuestiones generales», en NAVARRO MÉNDEZ, J. I. (dir.), *Parlamentos Regionales Europeos y Principio de Subsidiariedad*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, p. 60.

Así, el Comité de las Regiones desarrolla un cúmulo de actuaciones y estrategias de cooperación y diálogo con la Comisión, principalmente⁵², y con otras instituciones comunitarias⁵³, a fin de lograr que la legislación que emane de ellas respete la Subsidiariedad. Para ello hace un seguimiento de la misma desde la fase más temprana de elaboración de la norma comunitaria y a lo largo de todo el proceso. El CDR, como las Regiones mismas, está desarrollando estrategias para participar también en la fase de «amplias consultas» que establece la Comisión en el momento de elaborar su propuesta legislativa⁵⁴.

Los Dictámenes del CDR contienen cada vez en mayor medida una evaluación más sistemática del cumplimiento del Principio de Subsidiariedad y sugieren medidas para mejorar la legislación comunitaria en este sentido. Este hecho queda recogido también en su Reglamento interno⁵⁵.

Como tuvimos ocasión de afirmar en otro lugar, el seguimiento del cumplimiento del Principio de Subsidiariedad y su control político *ex ante* parece haberse convertido en la nueva razón de ser que, tras más de veinte años de una existencia bastante lánguida, proporcione al Comité de las Regiones un nuevo lugar en el mundo comunitario y un protagonismo en su entramado decisional del que hasta ahora había carecido⁵⁶. Y todo ello está bien, pero queda también muy lejos de su primigenia razón de ser, al menos para muchos de los más conspicuos defensores de la causa de su creación (genéricamente, las Regiones legislativas, agrupadas entonces en su propia organización, la REGLEG), que era precisamente la de erigirse en una cámara de representación regional (tercera cámara legislativa comunitaria) que, al modo de los Senados territoriales, posibilitase la participación directa, es decir, sin intermediación⁵⁷, de las Regiones con más caracterización política en el proceso legislativo comunitario.

⁵² Véase Protocolo de Cooperación entre la Comisión Europea y el Comité de las Regiones, firmado el 16 de febrero de 2012, *Diario Oficial de la Unión Europea*, C 102, del 5 de abril de 2012.

⁵³ Véase el Acuerdo de Cooperación firmado por el Comité de las Regiones con el Parlamento Europeo el 5 de febrero de 2014 para favorecer entre ambos una cooperación conducente a garantizar el respeto del Principio de Subsidiariedad, *Cooperation Agreement between the European Parliament and the Committee of the Regions, signed on 5 february 2014* (CoR 2013-07657-17-00NB-TRA).

⁵⁴ Art. 11.3 TUE: «Con objeto de garantizar la coherencia y la transparencia de las acciones de la Unión, la Comisión Europea mantendrá amplias consultas con las partes interesadas».

⁵⁵ Art. 55.2 del Reglamento Interno del CDR (*DOUE*, L 65, de 5 de marzo de 2014): «Los dictámenes del Comité sobre propuestas de actos legislativos en ámbitos que no sean competencia exclusiva de la Unión, se pronunciarán sobre el cumplimiento de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad por parte de la propuesta. Los demás dictámenes del Comité podrán referirse, en caso necesario, a la aplicación de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad siempre que sea procedente» (las cursivas son nuestras). Esta exigencia de que los dictámenes del CDR hagan referencia expresa a la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, como una nueva responsabilidad del Comité, fue incluida por vez primera en la reforma de su Reglamento Interno del 2010, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

⁵⁶ DE CASTRO RUANO, J. L., «El Comité de las Regiones en su vigésimo aniversario...», *op. cit.*, p. 940.

⁵⁷ Véase HÖGENAUER, A.-L., «All by themselves? Legislative regions and the use of unmediated access to the European level», *European Political Science Review*, vol. 6, 2014, núm. 3, pp. 451-475.

4.3. La ineficiencia de la Gobernanza Multinivel

De acuerdo con la interpretación del CDR, la Gobernanza Multinivel consiste en:

«la acción coordinada de la Unión Europea, de los Estados miembros y de los entes regionales y locales, basada en los principios de subsidiariedad, de proporcionalidad y de asociación, que se concreta en una cooperación funcional e institucionalizada dirigida a elaborar y aplicar las políticas de la Unión Europea»⁵⁸.

Sin embargo, la GMN, que pareció alumbrar un protagonismo de las Regiones hace algunos años, se ha revelado como una práctica ineficiente que no consigue ofrecer a estas una auténtica participación en el entramado institucional de la Unión Europea. Es un concepto más diseñado para la gestión del consenso que del conflicto social y que, aunque aborda la complejidad de los sistemas modernos de elaboración de la política, no proporciona instrumentos analíticos satisfactorios, ni responde a cuestiones como rendición de cuentas, participación democrática, etc.⁵⁹. En definitiva, el concepto de GMN, a pesar del desarrollo doctrinal con el que ha contado en todos estos años, todavía adolece de un grado considerable de incertidumbre en cuanto a su significado preciso que le dote de operatividad, persistiendo diferentes ejes de ambigüedad, entre los que se encuentra, precisamente el papel de los actores no estatales, además de otros⁶⁰.

Así, la Gobernanza Multinivel «no ha incorporado a las regiones al proceso de toma de decisiones comunitario salvo para tareas, esencialmente, de aplicación y ejecutivas»⁶¹.

La participación en el Consejo de Ministros es muy limitada y, en última instancia, queda residenciada en un procedimiento establecido por los Estados miembros que son los titulares de la representación. Son ellos también los que tienen la capacidad para establecer el nivel de eficacia de esta participación en el seno de su delegación estatal. En definitiva, los Estados son

⁵⁸ *Carta de la Gobernanza Multinivel en Europa*, Comité de las Regiones, 3 de abril de 2014. La Carta es un manifiesto político de las Ciudades y Regiones de Europa en el que se invita a todas las autoridades políticas a hacer de la GMN una realidad en la elaboración y aplicación de las políticas. Aunque sin ser jurídicamente vinculante, la Carta comprometerá a sus signatarios a utilizar la GMN en la gestión de las políticas públicas. Forma parte del compromiso del CDR de asegurar una buena aplicación del Principio de Subsidiariedad.

⁵⁹ KEATING, M., *Rescaling the European State. The making of territory and the rise of the meso*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

⁶⁰ Pier Domenico Tortola lleva a cabo una reconstrucción crítica del concepto estructurado alrededor de tres «ejes de ambigüedad»: el papel de los Actores no Estatales que hemos señalado, la aplicación de la Gobernanza Multinivel más allá de la Unión Europea, y el enfoque en las estructuras de formulación de políticas frente a los procesos, *policy-making versus processes*. TORTOLA, P. D., «Clarifying multilevel governance», *European Journal of Political Research*, vol. 56, 2017, núm. 2, pp. 234-250.

⁶¹ BULLAIN LÓPEZ, I., «Naciones Autónomas Europeas», en VVAA, *Europa de las regiones y el futuro federal de Europa. Balance y perspectivas de la Gobernanza Multinivel de la Unión Europea*, Madrid, Dykinson, 2019, p. 411.

quienes tienen «la última palabra» y, casi siempre también la primera, en el seno del Consejo.

Por este procedimiento, los Tratados comunitarios no consiguen evitar la debilidad regional en el marco europeo; y el reconocimiento de la Subsidiariedad como principio conformador de esta nueva forma de gobernanza a diferentes niveles, no ha sido suficiente para corregir la alteración —disminución— competencial que, *de facto*, ha producido la integración europea en algunas de las entidades territoriales; de forma que «la cuestión de origen queda irresuelta, sobre todo en los Estados descentralizados que no han arbitrado mecanismos internos eficaces que permitan elevar la voz de sus entidades regionales (directa o indirectamente) a los foros europeos de decisión»⁶².

En perspectiva histórica, podemos afirmar que las soluciones adoptadas para el reconocimiento creciente del hecho regional a lo largo del proceso de integración, dista mucho de ser plenamente satisfactorio: aunque sí sea una realidad tangible, podríamos decir que es demasiado poco, demasiado difuso y demasiado complejo. No hay una participación efectiva y real, práctica y funcional, de los gobiernos regionales; en última instancia, y a pesar de la dimensión teórica que ha originado y la ingente reflexión a que ha dado lugar, hay que concluir de forma directa aceptando que la Gobernanza Multinivel a través del Principio de Subsidiariedad no ha proporcionado el cauce adecuado para ello.

5. LAS «SOLUCIONES» INTERNAS

En las páginas anteriores hemos visto cómo asistimos a un desencanto cierto de las posibilidades derivadas de los mecanismos de participación directa ante las instancias comunitarias por parte de las Regiones. Maastricht enfrentó de una forma original las consecuencias derivadas del doble proceso de descentralización creciente en el seno de los Estados miembros y de progresiva comunitarización de competencias de titularidad regional. Así, se fue dando curso a una forma incipiente de política del «tercer nivel» que, desde entonces, se ha ido abriendo camino aún de manera imperfecta en el proceso de integración europea. Aunque no sería rigurosa la afirmación de que exista una radical ceguera regional por parte de la Unión Europea, dado que sí se cuenta en su entramado político institucional con diferentes cauces de representación, de participación y de diálogo, esta forma de incorporar al nivel regional es confusa y difusa, y, por tanto, ineficaz y disfuncional en muchos casos y para muchas de las Regiones, singularmente para las Regiones constitucionales. Quizá la principal razón de esta circunstancia sea la vocación reiterada de proporcionar soluciones homogéneas y comunes para realidades

⁶² ZELAIA GARAGARZA, M., «Algunas claves del encaje del modelo autonómico en el escenario de la Unión Europea», *Revista Iura Vasconiae*, 2019, núm. 16, p. 547.

tremendamente disímiles y heterogéneas; lo que hace que aquello que para unas es un instrumento funcional de acuerdo con su naturaleza política y su reconocimiento jurídico en sede estatal, para otras no lo sea en absoluto atendiendo a los mismos parámetros.

En la práctica, y dadas las limitaciones que hemos visto de los marcos de participación directa establecidos en los Tratados, la participación regional en el proceso de integración europea se produce preferentemente de acuerdo con unos determinados procedimientos distintos y singulares de unos Estados a otros. La estructura organizacional de la Unión Europea no solo lo posibilita, sino que incluso lo exige. Por ejemplo, debemos recordar que la composición de los integrantes del CDR es decidida por cada Estado miembro en función de su propia estructura administrativo-política interna. También decide cada Estado los procedimientos de participación regional en el Consejo de Ministros si los hubiere. Lo mismo es válido para la inserción —aunque limitada— de los Parlamentos regionales en el control del Principio de Subsidiariedad, etc. Como afirman algunos, «las Regiones no han alcanzado un estatus sustantivo y autónomo en el sistema de la Unión Europea de forma independiente al Estado miembro del que formen parte y de la estructura de la que este se dote»⁶³. Es el diálogo y el acuerdo en el marco estatal interno el que acaba posibilitando a las Regiones cauces de participación y de salvaguarda de sus competencias a nivel comunitario, más o menos efectivos. La realidad de hoy es que, en el entramado de toma de decisiones de la Unión Europea, el reconocimiento de la realidad regional, con sus especificidades y singularidades, tiene lugar prácticamente solo y cuando es tolerado y facilitado por los Estados miembros de los que las Regiones forman parte.

En una dinámica debilitadora de la causa regional en su conjunto, en cada Estado se experimentan y se acuerdan formas distintas de participación, sea en función de las posibilidades que ofrece su marco constitucional, su tradición política o simplemente como consecuencia del resultado del litigio consustancial a cualquier estructura de poder político. En la medida que algún o algunos de los Estados complejos articulan mecanismos internos que satisfacen las demandas de las entidades territoriales que se insertan en él, estas entidades se inhiben de la reivindicación general salvaguardando la posición internamente acordada y, en consecuencia, debilitando un poco más la reivindicación conjunta de la causa regional a nivel comunitario. Si el Tratado de Maastricht enfrentó con audacia el hecho regional (según la valoración que se realizó en aquel mismo momento, sin la perspectiva histórica con la que contamos hoy) fue por la fortaleza y vitalidad del movimiento regional en su conjunto expresada a través de relevantes organizaciones de cooperación interregional como la Asamblea de las Regiones de Europa ARE, a cuya vanguardia se encontraban los *Länder* alemanes. Posteriormente, estos

⁶³ SÁNCHEZ CANO, J., «Entre lo interno y lo europeo: la acción exterior de las Regiones en la Unión Europea», *Revista d'Estudis Autònomic i Federals*, 2015, núm. 21, p. 149.

mismos *Länder* modificaron su estrategia política encontrando la defensa de sus prerrogativas y de sus poderes en el marco interno⁶⁴. Así, cada vez más, las entidades territoriales se han esforzado por arrancar ventanas de participación europea en el marco del debate político interno. Algo que, de alguna forma, choca contra la aspiración tradicional de aquellos territorios con más caracterización política que han entendido su participación en la gobernanza comunitaria no tanto como una cuestión ligada a su pertenencia al Estado, es decir, como una mera extensión de los atributos del Estado al que pertenecen, sino como una cuestión propiamente europea que les liga directamente a Bruselas al margen del propio Estado.

6. OTRAS PROPUESTAS DE INSERCIÓN REGIONAL EN LA UNIÓN EUROPEA

Parece razonable pensar que el marco jurídico-político comunitario deberá, en el futuro, proporcionar a las Regiones por lo menos el mismo reconocimiento jurídico-político que les reconoce el ordenamiento estatal en el que se insertan, de forma que no se distorsione su naturaleza jurídica y política, así como su capacidad competencial, al trasladarse al ámbito decisional comunitario.

Para ello, la próxima reforma comunitaria, cuando quiera que esta se lleve a cabo, habrá de avanzar en la caracterización tipológica del hecho regional de forma que proceda a una diferenciación de las entidades regionales teniendo en cuenta sus asimetrías. Esta no es una propuesta absolutamente nueva; hay antecedentes sobre el intento de diferenciar las diferentes realidades regionales, tanto en el ámbito de la Unión Europea como en el Consejo de Europa. Recordemos que la cámara de representación territorial de esta última Organización, el Congreso de Poderes Locales y Regionales de Europa se organiza en dos cámaras distintas: la Cámara de los Poderes Locales y la Cámara de las Regiones. Es interesante señalar también que en sede del Consejo de Europa se aprobó en 2013 una Recomendación elaborada por la Cámara de las Regiones y adoptada posteriormente por el Congreso de Poderes Locales y Regiones sobre «las regiones y territorios con un estatuto particular en Europa»⁶⁵, dirigida a reconocer el estatuto particular del que gozan algunas Regiones de ciertos Estados de Europa. Este estatuto particular se concibe como un medio de dotar a determinadas Regiones específicas, con fuerte personalidad política e identitaria, de dispositivos constitucionales específicos y singulares que les permitan jugar un papel más determinante

⁶⁴ Charlie Jeffery lo expresó con gran clarividencia: los *Länder* alemanes transitan del «dejarnos entrar» (en la Unión Europea) al «dejarnos solos» (es decir, en Alemania): JEFFERY, Ch., «Regions and the European Union: Letting Them In and Leaving Them Alone», en WEATHERILL, S. y BERNITZ, U. (eds.), *The Role of Regions and Sub-National Actors in Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2004, pp. 33-46.

⁶⁵ Recommendation 346 (2013), «Les régions et territoires à statut particulier en Europe», <https://www.coe.int/congress>.

en la gestión de sus propios asuntos⁶⁶. En definitiva, se trata de un explícito reconocimiento de que hay ciertas singularidades territoriales que escapan de las propuestas genéricas y homogeneizantes.

La propuesta más avanzada en el sentido de la diferenciación regional fue la que realizó el europarlamentario Alain Lamassoure, hace ya casi dos décadas, en su Informe relativo a la figura de la Región Asociada en el Grupo de Trabajo sobre la Subsidiariedad de la Convención Europea que alumbró el *non nato* Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. El estatus de Región Asociada a la Unión con el que se reconocería a las Regiones legislativas (a todas o a algunas de entre ellas) nunca fue desarrollado con concreción porque la propuesta decayó. También, el Informe Napolitano del Parlamento Europeo propugnó, en el año 2002, que el Proyecto de Tratado Constitucional incluyera un reconocimiento explícito de las «Regiones constitucionales». Parece cuando menos sorprendente que en casi dos décadas no se haya realizado ninguna propuesta más audaz, o por lo menos, dotada de más concreción.

De acuerdo con la propuesta de Alain Lamassoure, serían los Estados los que, «según sus propias reglas», propondrían a las instituciones comunitarias un listado de aquellas de entre sus Regiones a las que desearan proporcionar la consideración de Regiones socias de la Unión; es decir, se residenciaba en los Estados la decisión de conceder o no conceder este estatus singular que proporcionaría a la Región el derecho a ser consultada por la Comisión Europea en los proyectos normativos que afectaran a sus competencias y a la trasposición a la legislación local de las normas comunitarias. Además, esas Regiones tendrían derecho a dirigirse al TJUE cuando considerasen que la Unión Europea hubiera invadido sus competencias; si bien, ese acceso no podría ejercerse en el caso de que el conflicto lo fuera con el Estado al que pertenece la Región, ya que en ese supuesto el conflicto se dirimiría en tribunales nacionales y no en instancias judiciales comunitarias. En definitiva, queda claro que una Región sin el acuerdo de su Estado no podría acceder a esa consideración de Región socia de la Unión Europea⁶⁷. Con todo, el significativo conceptual de Región asociada a la Unión, o Región socia de la Unión, siquiera desde el plano simbólico y de narrativa política, no deja de

⁶⁶ Résolution 361 (2013), *Les régions et territoires à statut particulier en Europe*: 1. «Un statut particulier conçu comme un moyen de prendre en compte leurs identités propres et le souhait commun de leur population d'avoir un plus grand rôle dans la gestion de leurs affaires internes» 3. «Au vu des conflits régionaux qui persistent dans certains Etats membres, de nouvelles régions dotées d'identités fortes pourraient encore faire l'objet de dispositifs constitutionnels spécifiques», <https://www.coe.int/congress>.

⁶⁷ Es pertinente enfatizar todo esto porque, como afirma Alberto López Basaguren, en ocasiones se magnificó el significado de este concepto, y se trató de concederle un significado «radicalmente distinto» al que le atribuyó el autor [véase BASAGUREN LÓPEZ, A., «¿Una Europa (Más) Federal? Límites a la federalización de la Unión Europea y el papel de las regiones», en VVAA, *Europa de las regiones y el futuro federal de Europa... op. cit.*, pp. 118 y 122]. El propio Alain Lamassoure llegó a confesar que «mi idea puede resultar incluso un poco maliciosa porque en realidad supone reafirmar a los Estados». Véase «El estatus de región asociada a la Unión Europea no existe», *El País*, 15 de octubre de 2002 (con motivo de la comparecencia del eurodiputado francés ante la Comisión de Asuntos Europeos y Acción Exterior del Parlamento Vasco).

ser potente y quizá podría erigirse en una buena base desde la que plantear el debate. Y la posibilidad de crear una nueva institución comunitaria que integre únicamente a aquellas Regiones constitucionales (esto es, Regiones con poder legislativo reconocido como tal en su ámbito constitucional interno, al margen de los poderes municipales y las Regiones administrativas) que les permita presentarse como sujetos activos de la Unión Europea con participación plena en las políticas comunitarias y en los procedimientos de adopción de decisiones correspondientes al ámbito de sus competencias reconocidas en el ámbito interior, quizá no sea descabellado.

En los últimos tiempos están surgiendo también otras sugerentes e interesantes propuestas de caracterización regional, si bien, más controvertidas en nuestra opinión, como la de las Naciones Autónomas Europeas⁶⁸ y Nacionalidades Constitucionales⁶⁹. Decimos que es una caracterización controvertida porque la consideración de tal «Nación Autónoma» descansa en el hecho de contar «con un sistema de partidos propio que además resultan mayoritarios en sus Parlamentos regionales»⁷⁰. Tras descartar algunas realidades por tratarse de poblaciones que se consideran ya parte de otras naciones con Estado (como los austriacos o italianos del Süd Tirol o los irlandeses y británicos de Irlanda del Norte o los griegos de Chipre, así como los suecos y finlandeses de Åland), el número de naciones sin Estado en la Unión Europea quedaría reducido en la propuesta de este autor a menos de una docena: Euskadi/Navarra⁷¹, Cataluña, Flandes, Escocia, Aosta y Baviera, sin incorporar a Groenlandia que quedó fuera de la Unión Europea en 1982 o a «Galicia y Gales (así como en otras entidades históricas) (donde) los partidos nacionales no son mayoritarios»⁷². Obviamente, parece que serían estos, en consecuencia, los territorios que habrían de gozar de un estatuto de participación singular en sede comunitaria, semejante en alguna medida al que reserva el Consejo Nórdico integrado por Dinamarca, Suecia, Noruega, Finlandia e Islandia, para Islas Färoe, Åland y Groenlandia que cuentan con un estatus de miembros asociados que les posibilita ciertas prerrogativas participativas en el Parlamento del Consejo Nórdico, así como en el Consejo Nórdico de Ministros. En nuestra opinión, ligar la caracterización política de un territorio —en este caso, ligar la consideración de «Nación Autónoma»— al resultado electoral o al sistema de partidos políticos no es un parámetro demasiado concluyente... y en nuestra opinión, definitivamente no puede ser un argumento para contar con una representación singular en Europa.

En todo caso, una reforma de la Unión Europea en clave federal no podrá obviar alguna forma de representación institucionalizada de las Regiones constitucionales que propicie una participación satisfactoria de estas como

⁶⁸ BULLAIN LÓPEZ, I., «Naciones Autónomas Europeas», *op. cit.*, pp. 411 y ss.

⁶⁹ Esta última esbozada por el Consejo Vasco del Movimiento Europeo en «Aportaciones al debate sobre el futuro de Europa: Hacia una Europa federal y social», en *ibid.*, pp. 495 y ss.

⁷⁰ BULLAIN LÓPEZ, I., «Naciones Autónomas Europeas», *op. cit.*, p. 421.

⁷¹ Identificadas así por el autor; véase *ibid.*, p. 422.

⁷² *Ibid.*, p. 422.

verdaderos sujetos activos de la Unión Europea con capacidad para contribuir al diseño de las políticas comunitarias, así como en los procesos de toma de decisiones en el ámbito de sus competencias⁷³. Una forma de estatus especial para las Regiones legislativas que se hicieran acreedoras de él⁷⁴, a través del reconocimiento como «regiones socias de la Unión», con un catálogo acordado de derechos y obligaciones, que las vincularía en función de sus competencias internas y diferenciadas a través de su inclusión en una institución específica, podría proporcionar un marco de integración superior y más satisfactorio que el actual. Estas «Regiones socias» deberían gozar de un procedimiento singular, reforzado y preceptivo de consulta legislativa en cuestiones del ámbito de sus competencias, con mayor implicación incluso de sus propias cámaras legislativas; y con capacidad de iniciativa legislativa si un número determinado de ellas así lo acordasen en un procedimiento establecido al efecto.

Además, habría que resolver de una vez por todas demandas que vienen produciéndose desde hace tiempo como el establecimiento de la circunscripción regional en las elecciones al Parlamento Europeo en el marco del establecimiento de una ley electoral uniforme, de forma que no se invisibilice la realidad regional de los Estados compuestos, como ocurre en España; el reforzamiento institucional del Comité de las Regiones con naturaleza vinculante de sus dictámenes en algunas materias, y una división entre los poderes locales y los poderes regionales, como hemos dicho anteriormente, así como explorar la posibilidad de que dentro de los poderes regionales, se proceda a alguna forma de distinción entre Regiones administrativas y Regiones legislativas; la concesión de legitimación activa de las Regiones constitucionales para recurrir actos generales de las Instituciones ante el TJUE, y no únicamente cuando haya una afectación específica y directa como ocurre actualmente; la presencia en el Consejo cuando en su seno se vayan a tratar temas concretos de especial afectación derivada de su competencia singular (p. ej., en materia de fiscalidad para el caso de Azores, Euskadi y Navarra, en relaciones exteriores para el caso de Flandes y Valonia, u otros posibles en función de la cuestión concreta a tratar; pero no dejar esta participación a la discrecionalidad de cada Estado sin una motivación específica y justificación fehaciente tanto de la posible participación como de la no participación), entre otros posibles que pudieran explorarse.

⁷³ Demanda ya explicitada por el Comité de las Regiones cuando afirma que «una mayor participación de las Regiones en el proceso decisorio europeo —en el proceso de elaboración legislativa y decisión política, así como en el de la aplicación y difusión— es una cuestión indispensable para una integración europea positiva y auténtica y para aumentar la confianza de los ciudadanos europeos. Para ello, *al trazar cualquier plan de un nuevo marco político e institucional europeo, sería oportuno reflexionar también sobre la posibilidad de crear una cámara legislativa representativa de las Regiones y las autonomías territoriales*» (la cursiva es nuestra). Punto 12.6 de la Resolución del Comité de las Regiones sobre el Libro Blanco de la Comisión Europea sobre el Futuro de Europa. Reflexiones y escenarios para la Europa de los Veintisiete en 2025, *DOUE*, C 306, 15 de septiembre de 2017.

⁷⁴ Y que, en todo caso y desde una preliminar visión superficial, nunca superarían, aproximadamente, unos setenta miembros (pertenecientes a las Comunidades y Regiones de Bélgica, los *Länder* de Alemania y Austria, las Comunidades Autónomas de España, las Regiones de Italia, así como Azores y Madeira de Portugal y las Islas Åland de Finlandia).

7. CONCLUSIONES

Mirando al futuro del proceso de la integración europea y la posible reforma de la Unión Europea, sea bajo una especie de reforma constitucional llevada a cabo por una Convención o bajo formas más tradicionales de reforma de los Tratados, una cosa parece clara: esta reforma no podrá llevarse a cabo sin el concurso de las Regiones, convertidas ya en un actor con presencia indiscutible y permanente en el marco comunitario europeo. En la próxima reforma, es indudable que el Comité de las Regiones habrá de pronunciarse y ser tenido en cuenta; y no es descabellado pensar que este pronunciamiento será, de acuerdo con la lógica regional de la integración europea, hacia más integración, en definitiva, hacia más Europa.

Los Gobiernos territoriales, como el nivel más cercano a la ciudadanía y principal proveedor de servicios públicos, debe contar con un protagonismo prominente en el proceso decisonal comunitario europeo si consideramos que la Unión Europea debe actuar en ámbitos de competencia de titularidad regional. Ya no se discute la legitimidad política de las Regiones en su demanda de más participación en la arena comunitaria; sin embargo, la forma y manera en que esta se materializa sigue adoleciendo en muchas ocasiones de una preocupante falta de voluntad política, cuando no de abierta desconfianza por parte del Estado —entendido como poder central del mismo— acerca del protagonismo que las autoridades regionales pueden tener en la elaboración de la posición estatal. No podemos tampoco desconocer la dificultad en establecer cauces de participación que resulten realmente funcionales en una realidad donde concurren numerosos actores —Regiones— con heterogeneidad competencial, de muy distinta naturaleza jurídica y política, y, sobre todo, con diferentes aspiraciones en cuanto a su protagonismo en sede comunitaria. La Conferencia sobre el Futuro de Europa no puede dar la espalda a esta cuestión; antes bien, se antoja que este es un momento oportuno para retomar una cuestión aún irresuelta. El reto de intentar lograr un encaje adecuado de las Regiones constitucionales en tanto que Regiones singulares en la Gobernanza Multinivel de la Unión Europea es ya inaplazable.

No es fácil concebir un nuevo avance en el proceso de integración europea, profundizando en sus aspectos puramente comunitarios, sin que esto tenga su correlato en una respuesta más satisfactoria a las demandas de las Regiones constitucionales; en definitiva, el federalismo consiste precisamente en dividir y compartir el poder a nivel territorial y en la satisfactoria relación entre dichos niveles. A más federalización en el proceso de integración europea, le debe corresponder también mayores y más satisfactorias cotas de participación regional. El principio ineludible y conclusivo en todo este debate reside en el hecho de que el reconocimiento político y jurídico de la realidad regional en la Unión Europea nunca puede ser menor que el que esas mismas Regiones constitucionales tienen al interior de su ordenamiento estatal. Europa nunca puede ser una merma de reconocimiento y de derechos. Si acaso, lo contrario.

RESUMEN

BUSCANDO UN NUEVO MODELO MÁS SATISFACTORIO DE INSERCIÓN DE LAS REGIONES CONSTITUCIONALES EN LA UNIÓN EUROPEA. LA OPORTUNIDAD DE LA CONFERENCIA SOBRE EL FUTURO DE EUROPA

Las denominadas Regiones Constitucionales, es decir, aquellas Regiones con poder legislativo reconocido en su marco constitucional, no han encontrado hasta la fecha cauces de representación y participación efectiva realmente satisfactorios en el sistema comunitario. La Conferencia sobre el Futuro de Europa, que reflexionará sobre el modelo de la Unión Europea para el próximo futuro, nos ofrece una oportunidad para retomar esta reflexión. La próxima reforma comunitaria deberá saber encauzar las demandas de estas Regiones singulares dado que el avance federal y el reconocimiento regional son dos procesos paralelos que debe desarrollarse simultáneamente. En este trabajo realizamos un repaso del estado de la cuestión en perspectiva histórica para valorar la deficiente situación actual; también se lanzan algunas ideas para encontrar un nuevo modelo más satisfactorio de inserción de las Regiones Constitucionales en la Unión Europea. Este nuevo modelo, en todo caso, deberá contemplar una representación diferenciada a favor de las Regiones Constitucionales.

Palabras clave: Conferencia sobre el Futuro de Europa, Gobernanza Multinivel, papel de las Regiones en la Unión Europea, Principio de Subsidiariedad, Regiones legislativas, Regiones constitucionales, Comité de las Regiones.

ABSTRACT

SEEKING A NEW MORE SATISFACTORY MODEL FOR THE INSERTION OF CONSTITUTIONAL REGIONS IN THE EU. THE OPPORTUNITY OF THE CONFERENCE ON THE FUTURE OF EUROPE

The so-called Constitutional Regions, *i. e.* those Regions with legislative power recognized in their constitutional framework, have not found satisfactory channels of representation and effective participation in the European Union. The Conference on the Future of Europe, which will reflect on the model of the European Union for the near future, gives us an opportunity to take up this reflection again. The next EU reform should allow channeling the demands of these unique Regional. Federal progress and regional recognition are two parallel processes that must be developed simultaneously. In this article, we review the state of affairs in historical perspective in order to assess the current unsatisfactory situation. We also launch some ideas to find a new more satisfactory model for the insertion of Constitutional Regions in the EU. In any case, this new model must provide for differentiated representation in favor of Constitutional Regions.

Keywords: Conference on the Future of Europe, Multilevel Governance, The Role of the Regions in the EU, Principle of Subsidiarity, Legislative Regions, Constitutional Regional, The Committee of the Regions.

NUEVAS PROPUESTAS PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE EN EL ESPACIO ULTRATERRESTRE

Juan Manuel DE FARAMIÑÁN GILBERT*

SUMARIO: 1. PRELIMINARES: EL ESTADO DE LA CUESTIÓN.—2. EL QUINGUAGÉSIMO ANIVERSARIO UNISPACE+50 Y LA CONSIDERACIÓN DEL ESPACIO COMO «MOTOR DEL DESARROLLO SOSTENIBLE».—3. LA AGENDA «ESPACIO2030».—4. EL DERECHO Y LA POLÍTICA ESPACIAL.—5. GOBERNANZA GLOBAL Y DIPLOMACIA ESPACIAL COMO UN NUEVO CAMPO DE ACCIÓN.—6. REFLEXIONES FINALES.

1. PRELIMINARES: EL ESTADO DE LA CUESTIÓN

Abordar el estudio y el estado de la cuestión relativo al desarrollo sostenible, en las actividades relacionadas con el espacio ultraterrestre, implica una necesaria reflexión sobre los pasos que se han realizado hasta el año 2018, cuando, con ocasión de la celebración en Naciones Unidas del encuentro UNISPACE+50, se realiza una valoración retrospectiva de los cincuenta años transcurridos desde el primer encuentro UNISPACE en 1968. Consecuentemente, a partir de 2018 es cuando se evalúan las actividades espaciales como un «motor del desarrollo sostenible». Con la experiencia acumulada durante este periodo, se ha podido afrontar el futuro de estas actividades, desde la perspectiva de la Agenda «Espacio2030» y los cuatro pilares sobre los que se apoya para una gobernanza equilibrada.

Con esta línea de pensamiento, se ha estructurado el presente trabajo, analizando, en primer lugar, la importancia de la Comisión sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos (COPUOS) que, en el seno de las Naciones Unidas, representa el foro idóneo para el desarrollo progresivo del derecho internacional del espacio y los cinco tratados que conforman el *Corpus Iuris Spatialis*. En segundo lugar, las reflexiones desarrolladas en el quincuagésimo aniversario de UNISPACE+50, dado que resultan fundamentales para la cabal comprensión de los pasos que se han

* Catedrático emérito de Derecho internacional público y Relaciones internacionales de la Universidad de Jaén (jmfarami@ujaen.es). Las páginas *web* indicadas en este trabajo han sido consultadas por última vez el 18 de julio de 2020.

ido efectuando desde los comienzos de la carrera espacial. En tercer lugar, y con el aval de la experiencia recogida, el presente trabajo se centra en el estudio de la Agenda «Espacio2030», para lo cual se recogen los precedentes en los cuales se inspira, en particular la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible elaborada en el marco de las Naciones Unidas y, sin duda, los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). Ello nos permite, en cuarto lugar, centrarnos en el estudio del derecho y las políticas espaciales en la actualidad y su propuesta de futuro en una gobernanza global. En quinto lugar, finalizamos con el análisis de los cuatro pilares sobre los que se apoya la Agenda «Espacio2030», tales como la economía espacial, la sociedad espacial, la accesibilidad espacial y la diplomacia espacial, con el fin de destacar la importancia de la diplomacia espacial en el entorno del presente y del futuro de las actividades espaciales.

Tengamos en cuenta que la comunidad internacional se enfrenta en el siglo XXI al reto de gestionar las actividades en el espacio ultraterrestre en beneficio de la humanidad, con el propósito de que su utilización y recursos naturales puedan considerarse un patrimonio compartido. La Organización de las Naciones Unidas ha sido el foro idóneo para su custodia y con tal fin se puso en marcha la Comisión sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos (en adelante COPUOS o simplemente Comisión)¹.

La Comisión y sus dos subcomisiones (de Asuntos Científicos y Técnicos y de Asuntos Jurídicos) han sido el ámbito en el cual, a lo largo de la era espacial, se ha desarrollado un encomiable diálogo entre los Estados con altas capacidades espaciales y aquellos con capacidad incipiente o nula. Durante la última década las actividades espaciales, como resultado de su diversificación, han puesto de manifiesto su gran complejidad. La implicación de un gran número de entidades, ya sean gubernamentales como no gubernamentales, está afectando a la seguridad y la sostenibilidad de las actividades en el espacio, con efectos políticos, económicos y jurídicos.

Los cinco tratados del espacio, que conforman el *Corpus Iuris Spatialis*², representan la estructura jurídica que garantiza la cooperación internacional

¹ La COPUOS surgió como resultado del reconocimiento, por la Asamblea General de las Naciones Unidas (en adelante, AG de las NNUU), en su Resolución 1348 (XIII), de 13 de diciembre de 1958, de la importancia de utilizar el espacio ultraterrestre con fines pacíficos y de la necesidad de promover la cooperación internacional en la realización de actividades espaciales; y en su Resolución 1472 A (XIV) de 1959, la Asamblea General instituyó a la Comisión con carácter permanente.

² Los cinco tratados que conforman el *Corpus Iuris Spatialis* son: 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 de 1967 (NACIONES UNIDAS, *Treaty Series*, vol. 610, núm. 8.843); Acuerdo sobre el salvamento y la devolución de astronautas y la restitución de objetos lanzados al espacio ultraterrestre de 1968 (NACIONES UNIDAS, *Treaty Series*, vol. 672, núm. 9.574); Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales de 1972 (NACIONES UNIDAS, *Treaty Series*, vol. 961, núm. 13.810); Convenio sobre el registro de objetos lanzados al espacio ultraterrestre de 1976 (NACIONES UNIDAS, *Treaty Series*, vol. 1.023, núm. 15.020), y Acuerdo que debe regir las actividades de los Estados en la Luna y otros cuerpos celestes de 1979 y entra en vigor en 1984 (NACIONES UNIDAS, *Treaty Series*, vol. 1.363, núm. 23.002).

en la exploración del espacio ultraterrestre con fines pacíficos y la utilización de la ciencia y la tecnología al servicio del desarrollo sostenible. Un reflejo importante ha sido el aumento del número de Estados que han ratificado los tratados de las Naciones Unidas relativos al espacio ultraterrestre; no obstante, son pocos Estados que han firmado el «Acuerdo que debe regir las actividades de los Estados en la Luna y otros cuerpos celestes»³ por las reticencias generadas en base a su art. 11 que señala a la Luna y sus recursos naturales como patrimonio común de la humanidad. La falta de compromiso político para que los Estados se adhieran a los cinco tratados en su totalidad sigue siendo uno de los problemas de fondo con el que se enfrenta el desarrollo progresivo del derecho del espacio ultraterrestre, ya que en su conjunto constituyen el *Corpus Iuris Spatialis* y no de un modo parcial⁴. Razón de más para insistir en que los Estados miembros que aún no sean parte en estos tratados que rigen la utilización del espacio ultraterrestre consideren la posibilidad de adherirse a ellos e incorporarlos a su legislación nacional.

Los importantes cambios que se están operando en el desarrollo de las actividades espaciales han puesto en evidencia la necesidad de elaborar nuevas propuestas, ante el reto del desarrollo sostenible que, con el concurso de la diplomacia espacial, regulen estas actividades con el fin de que la Organización de las Naciones Unidas no pierda el control frente a la acción de algunos Estados y empresas multinacionales.

COPUOS representa la plataforma internacional adecuada para seguir afianzando el desarrollo progresivo del derecho internacional y en particular del derecho del espacio ultraterrestre. En el ejercicio de su función de plataforma mundial, para mejorar la gobernanza global de las actividades espaciales, ha contado desde su creación con una herramienta inmejorable en la Oficina de Asuntos del Espacio Ultraterrestre (en adelante UNOOSA, o simplemente Oficina)⁵. Esta Oficina es el marco apropiado para dirimir las cuestiones espaciales, dado que representa al secretario general de las Naciones Unidas en las operaciones de registro de los objetos espaciales y lidera el fomento de la cooperación internacional en el espacio y la utilización de la ciencia al servicio del desarrollo sostenible.

A lo largo de los años, COPUOS ha examinado distintos aspectos de la sostenibilidad a largo plazo de las actividades en el espacio ultraterrestre desde diversas perspectivas. En este sentido, el Grupo de Trabajo sobre la Sostenibilidad a Largo Plazo de las Actividades en el Espacio Ultraterrestre, de la

³ «Acuerdo que debe regir las actividades de los Estados en la Luna y otros cuerpos celestes». Este acuerdo ve la luz a partir de la Resolución 34/68 de la AG de las NNUU, de 5 de diciembre de 1979, abierto a la firma el 18 de diciembre de 1979 y entra en vigor el 11 de julio de 1984.

⁴ Tengamos en cuenta que a pesar de que Estados Unidos no ha firmado el Acuerdo de la Luna, en una *Executive Order* de 2020 el presidente ha declarado que «El Secretario de Estado se opondrá a cualquier intento, por parte de cualquier otro estado u organización internacional, de tratar el Acuerdo de la Luna como reflejo o expresión del derecho internacional consuetudinario». *Executive Order on Encouraging International Support for the Recovery and Use of Space Resources*, Donald Trump, White House, 6 de abril de 2020, Sección 2.

⁵ UNOOSA: <https://www.unov.org/unov/es/unoosa.html>.

Subcomisión de Asuntos Científicos y Técnicos, ha elaborado un conjunto de directrices facultativas con miras a establecer un enfoque amplio de la promoción de la sostenibilidad a largo plazo de las actividades en el espacio ultraterrestre. Estas directrices constituyen un compendio de medidas y compromisos internacionalmente reconocidos para garantizar la sostenibilidad a largo plazo de las actividades en el espacio ultraterrestre y, en particular, para aumentar la seguridad de las operaciones espaciales⁶.

En la actualidad, el estado de la cuestión se determina por la voluntad de apostar por la Agenda «Espacio2030» y de generar una visión a largo plazo más allá de 2030, teniendo en cuenta los beneficios en el ámbito de la innovación, basados en una cooperación internacional más estrecha y en una mejor gobernanza de las actividades en el espacio ultraterrestre.

Con este cometido y con el fin de ir evaluando la aplicación de la Agenda «Espacio2030» se ha propuesto a la Asamblea General de las Naciones Unidas que declare el año 2025 como Año Internacional del Espacio⁷.

No debe perderse de vista que, en 2018, cincuenta años después del primer encuentro UNISPACE I (1968), con UNISPACE+50 se ofrecía la oportunidad de analizar y reflexionar sobre los logros y los fallos cometidos en la exploración del espacio durante el medio siglo precedente y fortalecer los mandatos de COPUOS y sus órganos subsidiarios.

Para finalizar este análisis sobre el estado de la cuestión, cabría agregar unas breves referencias a las particulares circunstancias a las que se ha visto abocada la comunidad internacional ante la pandemia originada por la covid-19 y el impacto sobre la población mundial y el desarrollo sostenible⁸.

Téngase en cuenta que los programas de teledetección de la Tierra pueden ayudar a disminuir los efectos de la epidemia por medio de la tecnología espacial, como es el caso de la teleepidemiología con actividades de seguimiento, preparación y respuesta. En este sentido, la Agencia Europea del Espacio (ESA) ha indicado que esta pandemia «prácticamente ha paralizado la vida

⁶ *Directrices relativas a la sostenibilidad a largo plazo de las actividades en el espacio ultraterrestre de la Comisión sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos*, COPUOS, 62 período de sesiones, Viena, 12 a 21 de junio de 2019, A/AC.105/L.318/Add.4: «La elaboración de directrices facultativas presupone el convencimiento de que el espacio ultraterrestre debería seguir siendo un entorno operacionalmente estable y seguro que se mantiene para fines pacíficos y que está abierto a la exploración, la utilización y la cooperación internacional por parte de las generaciones presentes y futuras, en interés de todos los países, independientemente de su grado de desarrollo económico o científico, sin discriminación de ninguna índole y teniendo debidamente en cuenta el principio de equidad», pp. 1-2.

⁷ COPUOS, «La Agenda “Espacio2030” y la gobernanza global de las actividades en el espacio ultraterrestre». Nota de la Secretaría de 13 de diciembre de 2017, A/AC.105/1166, párrs. 177-178.

⁸ Resolución 73/91 de la AG de las NNUU de 7 de diciembre de 2018, 73 período de sesiones, 48 sesión plenaria, Tema 53 de programa «Cooperación internacional para la utilización del espacio ultraterrestre con fines pacíficos», A/RES/73/91: se manifiesta «profundamente preocupada por los efectos devastadores de las enfermedades infecciosas, incluida la enfermedad del Ébola, que van en detrimento de la vida humana, la sociedad y el desarrollo, e instando a la comunidad internacional a que mejore la función de las soluciones basadas en la tecnología espacial, en particular la teleepidemiología, en las actividades de seguimiento, preparación y respuesta», pp. 3-9.

cotidiana tal como la conocemos. Incluso cuando se haya detenido la propagación de esta enfermedad altamente infecciosa, el mundo se enfrentará a enormes desafíos para volver a la normalidad»⁹.

Por tal razón, con la idea de ayudar a los expertos que trabajan en centros de investigación y organizaciones técnicas europeas, la ESA ha puesto en marcha nuevas iniciativas relacionadas con el estudio de los efectos de la covid-19 y su impacto en la sociedad, la economía y el medio ambiente¹⁰.

2. EL QUINCUAGÉSIMO ANIVERSARIO DE UNISPACE+50 Y LA CONSIDERACIÓN DEL ESPACIO COMO «MOTOR DEL DESARROLLO SOSTENIBLE»

En junio de 2018, la comunidad internacional se reunió en Viena para celebrar el cincuentenario de la primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre la exploración y los usos pacíficos del espacio ultraterrestre con un evento denominado UNISPACE+50. Se trató de una gran oportunidad para que la comunidad internacional se reuniera y considerara el curso futuro de la cooperación espacial mundial en beneficio de la humanidad¹¹.

De tal modo, en relación con el quincuagésimo aniversario de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Exploración y Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos (UNISPACE+50) en 2017 se adopta la Resolución de la Asamblea General 72/79¹² y se reafirma en 2018 con la Resolución 73/6 sobre el tema «Quincuagésimo aniversario de la Primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Exploración y Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos, considerando al espacio como motor del desarrollo sostenible»¹³.

⁹ «Covid-19: ¿cómo pueden ayudar los satélites?», *Espacio Unido en Europa*, ESA, 2 de abril de 2020, https://www.esa.int/Applications/Observing_the_Earth/COVID-19_how_can_satellites_help.

¹⁰ Dentro del programa «Ciencias de la Tierra para la Sociedad», la ESA se ha planteado la posibilidad de poner en marcha la misión satelital *Copernicus Sentinel - 5P*. Los *Copernicus Sentinels* son una flota de satélites de la Unión Europea que en colaboración con la ESA han sido diseñados con el fin de proporcionar datos e imágenes para el programa medioambiental de la Unión Europea *Copernicus* que gestiona el control del medio ambiente. El Director de Programas de Observación de la Tierra de la ESA, Josef Aschbacher, ha indicado que la «covid-19 está poniendo a la sociedad bajo una gran presión. Si bien la ESA no está preparada para ayudar a pronosticar la progresión del virus, ciertamente seguimos recibiendo una cantidad de datos que nos llegan de algunos de los satélites de alta gama y nuevas tecnologías de inteligencia artificial que pueden ser utilizadas para comprender y controlar los cambios sociales». Véase, *op. cit.*, nota 9.

¹¹ UNISPACE+50 constaba de dos partes principales: un simposio dirigido a la comunidad espacial en general, y un Grupo de Alto Nivel en el marco de la 61 sesión de la COPUOS en el que se analizaron las nuevas propuestas con las que había que afrontar la exploración e investigación espacial en el siglo XXI, <https://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/unispaceplus50/index.html>.

¹² Resolución 72/79 de la AG de las NNUU de 7 de diciembre de 2017. 72 periodo de sesiones. 66 sesión plenaria. Tema 52 de programa, «Consideración del 50 aniversario de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Exploración y Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos». A/RES/72/79.

¹³ Resolución 73/6 de la AG de las NNUU de 26 de octubre de 2018, 73 periodo de sesiones, 26 sesión plenaria, Tema 30 del programa «Quincuagésimo aniversario de la Primera Conferencia de las

Habiendo previsto el año 2018 para su conmemoración se presentaba la oportunidad de examinar las actividades de COPUOS y definir su contribución sobre la gobernanza global de las actividades en el espacio. Se destacó la importante labor realizada por la Comisión y sus órganos subsidiarios (la Subcomisión de Asuntos Científicos y Técnicos y la Subcomisión de Asuntos Jurídicos), así como por la Oficina de Asuntos del Espacio Ultraterrestre (UNOOSA) en su esfuerzo por aplicar las siete prioridades temáticas de UNISPACE+50¹⁴, con sus objetivos y mecanismos conexos. Se puso de relieve la importancia de las reuniones de alto nivel, celebradas por UNISPACE+50 (20 y 21 de junio de 2018) durante el 61 periodo de sesiones de COPUOS, abiertas a la participación de todos los Estados de las Naciones Unidas. Se tuvo en cuenta que en la Resolución 70/1 de 2015 se había puesto en marcha la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible con el título «Transformar nuestro mundo»¹⁵, dado que ha servido como punto de referencia de la conceptualización de lo que debe entenderse como desarrollo sostenible.

UNISPACE+50 se convirtió en el resumen programático de lo que deberían ser las actividades en el espacio ultraterrestre. En las conferencias precedentes, COPUOS, debido a la singularidad de su mandato y su posición en el centro de la cooperación internacional para la utilización del espacio ultraterrestre con fines pacíficos y la gobernanza global de las actividades en el espacio ultraterrestre, desempeñó un papel fundamental en la organización de las tres primeras conferencias de las Naciones Unidas sobre la exploración y utilización del espacio ultraterrestre con fines pacíficos UNISPACE I, II y III, celebradas en 1968, 1982 y 1999.

Su propósito se centró en fortalecer las actividades espaciales en las agencias de los Estados miembros, con criterios de corto y largo plazo, sobre cuestiones relacionadas con la exploración y utilización del espacio con fines pacíficos que afectasen a la humanidad.

Para el periodo de sesiones de 2018 se planteó la posibilidad de analizar en qué medida la cooperación internacional puede fortalecer el desarrollo sostenible y de qué modo las actividades del espacio ultraterrestre llegarían a convertirse en un «motor del desarrollo sostenible»¹⁶. En este sentido, en el 73 periodo de sesiones de 2018, se aprueba por la Asamblea General de las Naciones Unidas la Resolución 73/91 sobre «Cooperación internacional

Naciones Unidas sobre la Exploración y Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos: el espacio como motor del desarrollo sostenible», A/RES/73/6.

¹⁴ Las siete prioridades temáticas de UNISPACE+50 son: 1) la alianza mundial para la exploración y la innovación espaciales; 2) las perspectivas actuales y futuras del régimen jurídico del espacio ultraterrestre y la gobernanza mundial; 3) el mayor intercambio de información sobre objetos y fenómenos espaciales; 4) el marco internacional de los servicios relacionados con el clima espacial; 5) la intensificación de la cooperación espacial al servicio de la salud mundial; 6) la cooperación internacional para crear sociedades resilientes y de bajas emisiones, y 7) la creación de capacidades para el siglo XXI.

¹⁵ Resolución 70/1 de la AG de las NNUU de 25 de septiembre de 2015, 70 periodo de sesiones. 4.ª sesión plenaria, 25 de septiembre de 2015, Temas 15 y 116 del programa: «Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible», A/RES/70/1.

¹⁶ Resolución 72/79 de la AG de las NNUU, *op. cit.*, nota 12.

para la utilización del espacio ultraterrestre con fines pacíficos»¹⁷, en la que se reafirma la idea de que las Naciones Unidas deberán seguir siendo un importante centro de coordinación en materias espaciales y se insiste sobre la idea de que el espacio ultraterrestre debería considerarse como patrimonio de toda la humanidad¹⁸.

No se nos escapa el hecho de que nos enfrentamos con la discutida cuestión del concepto de Patrimonio Común de la Humanidad sobre el problema de quién tiene derecho a gozar de los recursos del espacio ultraterrestre¹⁹.

Sin embargo, abarcar la idea de Patrimonio Común de la Humanidad²⁰ resulta una tarea compleja, en la medida en que se trata de un concepto en constante elaboración, a pesar de los avances que en este sentido se han realizado en estos últimos decenios. El Derecho internacional tiene una importante aportación que realizar, como es el caso de desarrollar un criterio jurídico sobre la noción de humanidad y reconocerle que, como tal, es susceptible de poseer un patrimonio que beneficie a la especie humana en su conjunto²¹.

Además en esta resolución, la Asamblea General se muestra «profundamente preocupada por la fragilidad del entorno espacial y los problemas de sostenibilidad a largo plazo [...], en particular por el impacto de los desechos espaciales»²² y se propone aprovechar los beneficios de la tecnología espacial

¹⁷ Resolución 73/91 de la AG de las NNUU, *op. cit.*, nota 8.

¹⁸ *Ibid.* La AG de las NNUU se manifiesta: «Profundamente convencida de que conviene a toda la humanidad que se fomente y amplíe la exploración y utilización del espacio ultraterrestre con fines pacíficos, como patrimonio de toda la humanidad y se persevere en los esfuerzos para que todos los Estados miembros puedan gozar de los beneficios derivados de esas actividades; y también profundamente convencida de la importancia de la cooperación internacional en esa esfera, respecto de la cual las Naciones Unidas deberían seguir siendo un centro de coordinación». *Ibid.*, pp. 1-9 y 2-9.

¹⁹ GAGGERO MONTANER, M., «Normativa aplicable a la explotación de los recursos espaciales». Centro de investigación y difusión aeronáutico-espacial Uruguay, *Encuentro para la constitución de la Red Latinoamericana y del Caribe de Universidades e Instituciones relacionadas con actividades espaciales en los campos de la técnica, la política y el derecho del espacio ultraterrestre* celebrada en Buenos Aires, Argentina, los días 20 y 21 de marzo de 2017. Como ha señalado Gaggero, el Profesor Cocca sostenía que el espacio exterior y los cuerpos celestes constituyen una *res communis humanitatis* considerando que el sujeto de derecho era la humanidad como un todo. Ante ello se planteaba el problema de quién administraría el Patrimonio Común de la Humanidad y distribuiría, de manera equitativa, los beneficios derivados de la explotación de sus recursos. En esta línea, parte de la doctrina apostó por la creación de una organización internacional que, en nombre de la humanidad, administraría tales recursos. El Profesor Cocca, en los años cincuenta, respaldó esta idea y la presentó en Naciones Unidas. Siguiendo esta idea, en 2001 la Subcomisión de Ética de Espacio Exterior de la Unesco sugirió examinar la posibilidad de establecer una «alta autoridad», al igual que en el derecho del mar, que organizaría el uso del espacio para beneficio de la humanidad [véase FENSTAD, J. E. y FARAMIÑÁN GILBERT, J. M. DE, «Informe presentado por la Subcomisión para el estudio de la ética en las actividades del Espacio Ultraterrestre de la COMEST ante la Subcomisión de Asuntos Jurídicos del COPUOS», *Contribution to the 40th session of sub-Legal Committee of the United Nations Committee on the Peaceful use of Outer Space (COPUOS)*, París, marzo de 2001].

²⁰ FARAMIÑÁN GILBERT, J. M. DE, «Los bienes intangibles de la especie humana (el genoma humano como patrimonio común de la humanidad)», *Persona humana y Derecho internacional. Liber amicorum Héctor Gros Espiell*, Bruselas, Bruylant, 1997.

²¹ Véase MARCHISIO, S., «Patrimonio comune dell'umanità (dir. Internaz.)», *Enciclopedia Il Sole 24 Ore*, Milán, 2007, pp. 728-731.

²² Resolución 73/91 de la AG de las NNUU, *op. cit.*, nota 8, párr. 11. También, sobre desechos espaciales véase, FARAMIÑÁN GILBERT, J. M. DE, «Space Debris: Technical and Legal Aspects», en LAFFER-

para fortalecer la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible²³, de tal modo que la ciencia, la tecnología espacial y sus aplicaciones podrían resultar sumamente operativas, mitigando los efectos nocivos de la contaminación. Para ello, se plantea utilizar las comunicaciones por satélite y los sistemas de observación de la Tierra, con el fin de diseñar soluciones viables en la lucha contra la contaminación y en favor del desarrollo.

Si se entiende que el espacio debe ser el motor del desarrollo sostenible, el perfeccionamiento tecnológico deberá convertirse en una herramienta eficaz para poder luchar contra el cambio climático y los desastres naturales o contra las pandemias que afectan a la salubridad del medio ambiente y del género humano.

Por lo que respecta al desarrollo sostenible, sobre cuyo análisis se centra este estudio, no debe pasar desapercibido que en el marco de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, de Río de Janeiro en 2012²⁴, ya se indicó que «reconocemos la importancia de los datos basados en la tecnología espacial, la supervisión *in situ* y la información geoespacial fidedigna para la formulación de políticas, la programación y las operaciones de proyectos de desarrollo sostenible»²⁵.

En Río de Janeiro se destacó el compromiso de fortalecer la cooperación internacional, con el fin de poder hacer frente a los persistentes problemas relacionados con un desarrollo sostenible para todos, pero, en especial, para los países en desarrollo. Estos temas se habían planteado anteriormente en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 en Río de Janeiro, en la llamada «Cumbre de la Tierra»²⁶, si bien se reconoció que, a pesar de haber pasado veinte años, los progresos habían sido desiguales, por lo que se volvió a insistir sobre la necesidad de avanzar en la aplicación de los compromisos anteriores²⁷.

RANDERIE, G. y CROWTHER, D. (eds.), *Outlook on Space Law over the next 30 years*, La Haya, Kluwer Law International, 1997.

²³ Resolución 70/1 de la AG de las NNUU, *op. cit.*, nota 15.

²⁴ Río+20, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, Río de Janeiro, 20 a 22 de junio de 2012, Tema 10: «El futuro que queremos», Documento final de la Conferencia, A/CONF.216/L1.

²⁵ *Ibid.*, párr. 274. Agrega que: «En este contexto, observamos la importancia de la cartografía mundial y reconocemos los esfuerzos en el desarrollo de sistemas mundiales de observación del medio ambiente»; por ejemplo, la red de información *Eye on Earth* y el Sistema Mundial de Observación de la Tierra, y se reconoce la necesidad de apoyar a los países en vías de desarrollo en sus esfuerzos para recoger datos ambientales.

²⁶ En la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (CNUMAD) «La Cumbre de la Tierra» celebrada en Río de Janeiro en 1992, se formaliza e institucionaliza el concepto de «desarrollo sostenible». Sus antecedentes los tenemos en el Informe Brundtland de 1987 «Nuestro futuro común», que identifica a la contaminación ambiental como una cuestión universal que requiere del compromiso de todos los Estados y, también, en la Conferencia de Estocolmo sobre Medio Humano de 1972, en la que se reconoce la influencia del medio ambiente sobre el desarrollo económico.

²⁷ Río+20, *op. cit.*, nota 24. Resulta esclarecedor el párr. 16 en el que se indica que la conferencia Río+20 se apoya en los avances realizados en anteriores encuentros internacionales recogidos en el citado párrafo.

En efecto, analizar y conceptualizar la definición de desarrollo sostenible implicaba realizar un ejercicio de sistematización muy ajustado a las proteicas realidades de la Comunidad internacional. En esta línea, hubo que considerar cuáles eran las prioridades para el «desarrollo», puesto que se trata de un término muy comprometido con las características de la condición humana, al cual se le ha agregado la voz «sostenible» que implica, a partir de esta simbiosis, un compromiso social y político entre la actual generación y las generaciones venideras²⁸.

Por ello, la Resolución 73/91 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 2018 reconocía que la Comisión y sus Subcomisiones con la asistencia de la Secretaría de la Oficina de Asuntos del Espacio Ultraterrestre, representan «la plataforma única a nivel mundial para la cooperación internacional en las actividades espaciales»²⁹ y se manifestaba profundamente convencida de que convenía a toda la humanidad el fomento de las actividades espaciales con fines pacíficos, con el fin de que todos los Estados miembros puedan gozar de los beneficios derivados de estas actividades.

Otra de las cuestiones que se plantearon los miembros de la Mesa del Grupo de Trabajo encargado de elaborar el borrador de la Agenda «Espacio2030», que analizaremos más adelante, fue la relativa a los desastres naturales que se han producido con especial crudeza durante estos primeros años del siglo XXI, y se hicieron eco de la necesidad de poner de relieve los instrumentos espaciales tales como la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, de 2015³⁰, y el Marco de Sendái para la Reducción del Riesgo de Desastres (2015-2030)³¹, con el fin de ayudar a llevar a cabo las agendas mundiales sobre desarrollo.

Hay que tener en cuenta que, en este sentido, en la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible se plantea un plan de acción que tiende a favorecer a las personas, al planeta y al fomento de la prosperidad, pues entiende que solamente de este modo se podrá asegurar la paz universal dentro de un am-

²⁸ FARAMIÑÁN GILBERT, J. M. DE, «Avances hacia una conceptualización del desarrollo sostenible», en JUSTE RUIZ, J., BOU FRANCH, V. y PEREIRA COUTINHO, F. (coords.), *Desarrollo Sostenible y Derecho Internacional. VI Encuentro luso-español de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 293-312. Véanse, también, BERMEJO, R., «Acerca de las dos visiones antagónicas de la sostenibilidad», en BÀRCENA, I., IBARRA, P. y ZUBIAGA, M., (eds.), *Desarrollo sostenible: un concepto polémico*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2000, pp. 67-103; GUTIÉRREZ, J., «Desarrollo Sostenible», en PÉREZ DE ARMIÑO, K. (dir.), *Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo*, Universidad del País Vasco/Hegoa, <http://dicc.hegoa.ehu.es/authors>; MEADOWS, D. L., RANDERS, J. y BEHERENS, W. W., *Los Límites del Crecimiento. Informe Meadows*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1972. *La Cumbre de la Tierra*, se la consideró como el punto de partida de las políticas relacionadas con el desarrollo sostenible. JUSTE RUIZ, J., *Derecho Internacional del Medio Ambiente*, Madrid, McGraw-Hill, 1999.

²⁹ Resolución 73/91 de la AG de las NNUU, *op. cit.*, nota 8, le insta también a que «en ONU-Espacio (la reunión Interinstitucional sobre actividades relativas al espacio ultraterrestre) se siga examinando el modo en el que la ciencia y la tecnología espaciales puedan contribuir a la Agenda 2030 sobre el desarrollo sostenible». Véase párr. 32.

³⁰ Resolución 70/1 de la AG de las NNUU, *op. cit.*, nota 15.

³¹ Marco de Sendái para la Reducción del Riesgo de Desastres (2015-2030), Naciones Unidas, https://www.unisdr.org/files/43291_spanishsendaiframeworkfordisasterri.pdf.

plio concepto de libertad. Se insiste en que estos fines solo se podrán alcanzar colaborando mediante una alianza global que libere a la humanidad de la tiranía de la pobreza. Para lo cual se hace necesario tomar medidas audaces y transformativas que «reconstruyan el mundo por el camino de la sostenibilidad y la resiliencia»³², comprometidos, a partir de 2015, con el horizonte de 2030 y con los diecisiete ODS y sus 169 metas³³. A través de estos objetivos se ha querido retomar y potenciar los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM)³⁴, con la esperanza de completar las metas que no se lograron, sin olvidar que estos nuevos ODS deben tener un carácter integrado e indivisible, con el fin de poder conjugar las tres dimensiones del desarrollo sostenible que constituyen las vías económica, social y ambiental.

Los principios y compromisos comunes³⁵ que se recogen en esta Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y que han servido de modelo a la Agenda «Espacio2030», se inspiran en los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, incluido el pleno respeto del Derecho internacional. Téngase presente que sus fundamentos son la Declaración Universal de Derechos Humanos³⁶, los tratados internacionales de derechos humanos, la Declaración del Milenio³⁷ y el Documento Final de la Cumbre Mundial de 2005³⁸. Se basa asimismo en otros instrumentos, como la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo³⁹, y se reafirma en los resultados de todas las grandes conferencias y cumbres de las Naciones Unidas, que han establecido una base sólida para el desarrollo sostenible y que han ayudado a conformar esta Agenda, teniendo en cuenta en particular la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo⁴⁰, la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible⁴¹, la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social⁴², el Programa de Acción de la

³² Resolución 70/1 de la AG de las NNUU, *op. cit.*, nota 15, preámbulo.

³³ Los 17 ODS sustituyen a partir de 2015 a los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) adoptados por las Naciones Unidas en 2000. Los ODM fueron el punto de partida para poder constituir la agenda global del desarrollo sostenible que ha servido con sus 8 objetivos y 21 metas para poder elaborar los actuales 17 ODS. Véase <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/>.

³⁴ Los ocho ODM de las Naciones Unidas se aprueban en el año 2000 por los 192 miembros de las Naciones Unidas y una serie de organizaciones internacionales que acordaron alcanzarlos para el año 2015: 1) erradicar la pobreza extrema y el hambre; 2) lograr la enseñanza primaria universal; 3) promover la igualdad de género y la autonomía de la mujer; 4) reducir la mortalidad infantil; 5) mejorar la salud materna; 6) combatir VIH/SIDA, paludismo y otras enfermedades; 7) garantizar la sostenibilidad del medio ambiente, y 8) fomentar una asociación mundial para el desarrollo, https://www.undp.org/content/undp/es/home/sdoverview/mdg_goals.html.

³⁵ Resolución 70/1 de la AG de las NNUU, *op. cit.*, nota 15.

³⁶ Véase Resolución 217 A (III) de la AG de las NNUU.

³⁷ Véase Resolución 55/2 de la AG de las NNUU.

³⁸ Véase Resolución 60/1 de la AG de las NNUU.

³⁹ Véase Resolución 41/128, Anexo de la AG de las NNUU.

⁴⁰ *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992, vol. I, *Resoluciones aprobadas por la Conferencia* (publicación de las Naciones Unidas, Resolución 1, Anexo I).

⁴¹ NACIONES UNIDAS, *Informe de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible*, Johannesburgo (Sudáfrica), 26 de agosto a 4 de septiembre de 2002.

⁴² Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social de Copenhague, Dinamarca, de 6 a 12 de marzo de 1995, A/CONF.166/9.

Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo⁴³, la Plataforma de Acción de Beijing⁴⁴ y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible⁴⁵.

3. LA AGENDA «ESPACIO2030»

En 2018, la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su 73 periodo de sesiones⁴⁶ invita a la COPUOS a que, basándose en los resultados del proceso de UNISPACE+50, siga preparando la Agenda «Espacio2030» y su plan de aplicación⁴⁷, inspirada en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, y le presente el resultado de su labor para examinarlo en su 75 periodo de sesiones⁴⁸. Solicita a la Comisión que estudie el modo de optimizar la cooperación y la coordinación, según proceda, con otras organizaciones internacionales que realizan actividades relacionadas con el espacio. Insta al secretario general a que compruebe que la UNOOSA cuenta con recursos suficientes para desempeñar su función de secretaria de la Comisión y de sus dos subcomisiones y se asegure de que la Oficina pueda cumplir su mandato de forma plena y eficaz, incluidas las actividades de desarrollo de capacidades de los Estados miembros en la esfera de la ciencia y la tecnología espaciales⁴⁹, así como en materia de legislación y política espaciales, teniendo en cuenta la Agenda «Espacio2030».

Al año siguiente, en 2019, en la Asamblea General de las Naciones Unidas se adopta la Resolución 74/82⁵⁰ para la utilización del espacio ultraterrestre con fines pacíficos, en términos muy similares a la resolución de 2018 que continúan la línea marcada por la Resolución 73/91⁵¹, en la cual se vuelve a confirmar la importancia del Derecho internacional, incluidas las normas propias del Derecho internacional del espacio en el desarrollo de la cooperación internacional en estas materias.

Se pone de relieve el hecho de que la cooperación regional e interregional en la esfera de las actividades espaciales resulta esencial para fortalecer la utilización del espacio ultraterrestre y asistir a los Estados miembros, con el fin

⁴³ Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994, cap. I, Resolución 1, Anexo.

⁴⁴ Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, 4 a 15 de septiembre de 1995, cap. I, Resolución 1, Anexo II.

⁴⁵ Río+20, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, Río de Janeiro (Brasil), *op. cit.*, de 20 a 22 de junio de 2012, Tema 10 Documento final de la Conferencia «El futuro que queremos», A/CONF. 216/L.1.

⁴⁶ Resolución 73/6. de la AG de las NNUU, *op. cit.*, nota 13.

⁴⁷ COPUOS, *op. cit.*, nota 7.

⁴⁸ *Ibid.*, párr. 2.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Resolución 74/82 de la AG de las NNUU de 13 de diciembre de 2019, 74 periodo de sesiones, 47 sesión plenaria, tema 49.a) del programa: «Cooperación internacional para la utilización del espacio ultraterrestre con fines pacíficos», A/RES/74/82.

⁵¹ Resolución 73/91 de la AG de las NNUU, *op. cit.*, nota 8.

de contribuir, a través de los beneficios que ofrece la tecnología espacial y sus aplicaciones, a la implementación de la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible⁵², que, como se ha visto, había sido puesta en marcha por la Resolución 70/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas en septiembre de 2015.

Siguiendo las directrices señaladas, COPUOS hace suyas las premisas de la Resolución 70/1 y en su 62 periodo de sesiones en Viena del 12 al 21 de junio de 2019⁵³ continúa con el trabajo recogido en el borrador Agenda «Espacio2030» y su plan de aplicación elaborado en 2017⁵⁴. Se hacía necesario reflexionar sobre los logros obtenidos y los objetivos aún no alcanzados, así como definir la contribución de COPUOS en la futura gobernanza global de las actividades espaciales.

Recordemos que, en la Resolución 73/6 de 2018 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la que se analizaba «el espacio como motor del desarrollo sostenible», se consideró que, tanto en el proceso preparatorio como en las sesiones de alto nivel que se llevaron a cabo en UNISPACE+50, se habían elaborado importantes documentos destinados a articular una visión amplia, inclusiva y de orientación estratégica sobre el fortalecimiento de la cooperación internacional. En estos documentos se considera al espacio ultraterrestre como un motor decisivo para el logro de los ODS en beneficio de la comunidad internacional. Máxime cuando encomia la importante labor que se ha realizado por parte de COPUOS y de sus dos subcomisiones junto con la UNOOSA para «definir las siete prioridades temáticas de UNISPACE+50, puesto que ofrecen la perspectiva necesaria para la preparación de la Agenda «Espacio2030» y sus cuatro pilares relacionados con la economía espacial, la sociedad espacial, la accesibilidad espacial y la diplomacia espacial»⁵⁵.

Hay que tener en cuenta que las Naciones Unidas han sido desde sus orígenes el eje central de la cooperación internacional en materias relacionadas con las actividades espaciales y que, como ya hemos señalado, considera a COPUOS su principal instrumento, basándose en los resultados del proceso de UNISPACE+50. Esta es la razón por la que se encomienda a la Comisión que se dedique al desarrollo de la Agenda «Espacio2030», con el fin de examinar los resultados en el 75 periodo de sesiones de la Asamblea General, que tendría lugar en 2020, pero que como consecuencia de la pandemia se han postergado⁵⁶.

⁵² Resolución 74/82 de la AG de las NNUU, *op. cit.*, nota 50, párr. 25.

⁵³ Documento de trabajo presentado por la Mesa del Grupo de Trabajo encargado de preparar el borrador de la Agenda «Espacio2030». (Este documento de trabajo contiene una versión consolidada del proyecto de Agenda «Espacio2030» y su aplicación, preparada por la mesa de Trabajo con la asistencia de la Secretaría y basada en las deliberaciones mantenidas en las reuniones del Grupo de Trabajo celebradas hasta la fecha, así como las contribuciones de los Estados miembros de la Comisión), véase COPUOS, «Borrador preliminar de la Agenda «Espacio2030» y su plan de aplicación», 62 periodo de sesiones, Viena, 12 a 21 de junio de 2019. AG de las NNUU, A/AC. 105/L.317.

⁵⁴ COPUOS, *op. cit.*, nota 7.

⁵⁵ Resolución 73/6 de la AG de las NNUU, *op. cit.*, nota 13, párrs. 4/7.

⁵⁶ La reunión del plenario de COPUOS prevista para junio de 2020 fue suspendida temporalmente como consecuencia de la pandemia provocada por el coronavirus (covid-19) y el confinamiento decre-

Con este cometido, en el borrador preliminar del Documento de Trabajo⁵⁷ para la elaboración de la Agenda «Espacio2030», COPUOS asevera que la exploración y utilización del espacio con fines pacíficos ha enriquecido nuestros conocimientos colectivos y revolucionado la vida en la Tierra. Agrega que la ciencia y la tecnología espaciales son actualmente parte esencial de nuestra vida cotidiana y aportan a nuestro planeta un sinnúmero de beneficios fundamentales y singulares y «a medida que la comunidad espacial vaya avanzando en sus actividades de exploración del espacio, este continuará siendo una fuente de inspiración e innovación y seguirá proporcionando aplicaciones en el mundo real en beneficio de la humanidad»⁵⁸.

Estas reflexiones van a servir de sustrato para la elaboración definitiva de la Agenda «Espacio2030» acogiendo a los principios que han inspirado la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas, pero en el marco específico del espacio ultraterrestre.

No obstante, en las circunstancias actuales, en medio de la pandemia provocada por la covid-19, resulta importante el compromiso de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible en su lucha contra las epidemias⁵⁹. En ello se inspira también la Mesa del Grupo de Trabajo encargada de elaborar el borrador de la Agenda «Espacio2030», cuando plantea potenciar la utilización de tecnologías espaciales en todas las fases del ciclo para la gestión de desastres, a saber: la prevención, la mitigación, la preparación, la respuesta, la recuperación y la reconstrucción; vigilar el riesgo de calamidades y los daños que se provocan en diferentes regiones del mundo y promover «el intercambio de datos de seguimiento de desastres; fortalecer la cooperación relacionada con el espacio en apoyo de la salud mundial y mejorar la utilización de la ciencia y la tecnología espaciales y sus aplicaciones en el ámbito de la salud mundial»⁶⁰.

Otro de los referentes importantes de este documento de trabajo que estamos analizando ha sido el ya citado Marco de Sendái para la Reducción del Riesgo de Desastres (2015-2030)⁶¹, teniendo en cuenta que desde el espa-

tado como consecuencia de la misma. Del mismo modo, la convocatoria de la Subcomisión de Asuntos Jurídicos fue suspendida. Posteriormente, se había previsto una convocatoria *online* para principios de septiembre, el 7 para tratar la Agenda «Espacio2030», el 8 para la Subcomisión de Asuntos Jurídicos y el 9 y 10 para el plenario de COPUOS, que han sido nuevamente postergados para el primer cuatrimestre de 2021.

⁵⁷ *Op. cit.*, nota 53.

⁵⁸ *Ibid.*, párr. 7 (Visión estratégica).

⁵⁹ Resolución 70/1 de la AG de las NNUU, *op. cit.*, nota 15, párr. 26: «De igual modo aceleraremos el ritmo de los progresos en la lucha contra la malaria, el VIH/SIDA, la tuberculosis, la hepatitis, el ébola y otras enfermedades transmisibles y epidemias, incluso abordando la creciente resistencia a los antibióticos y el problema de las enfermedades desatendidas que afectan a los países en desarrollo. Estamos comprometidos con la prevención y el tratamiento de las enfermedades no transmisibles, incluidos los trastornos conductuales, evolutivos y neurológicos, que constituyen un grave impedimento para el desarrollo sostenible».

⁶⁰ *Op. cit.*, nota 53, párrs. 2.4 y 2.5.

⁶¹ *Op. cit.*, nota 31. Este marco se adoptó en la tercera Conferencia Mundial de las Naciones Unidas celebrada en Sendái (Japón) el 18 de marzo de 2015. Es el resultado de una serie de consultas entre

cio ultraterrestre se pueden producir desastres naturales como, por ejemplo, el impacto de cometas y asteroides cercanos a la Tierra (*Near Earth Object/NEO*)⁶², sin olvidar la contaminación que provocan los desechos espaciales (*Space Debris*).

El Marco de Sendái solicita la colaboración de los dirigentes políticos en la lucha por paliar los efectos de los desastres naturales, con el fin de alcanzar la reducción sustancial de estos riesgos y de las pérdidas ocasionadas por los desastres, tanto en vidas, medios de subsistencia y salud, como en bienes económicos, físicos, sociales, culturales y ambientales. Para ello se advierte de que «la consecución de este resultado requiere que los dirigentes políticos, a todos los niveles y de todos los países, se comprometan firmemente y se impliquen en la aplicación y el seguimiento del presente Marco y la creación del entorno propicio necesario»⁶³.

En el documento de trabajo se reconoce la importancia de garantizar que el espacio ultraterrestre siga siendo un entorno seguro y estable desde el punto de vista operacional, para su utilización por las generaciones actuales y futuras, y en consonancia con los principios establecidos en 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 de 1967⁶⁴. Se reclama «asimismo la necesidad de asegurar la sostenibilidad a largo plazo de las actividades en el espacio ultraterrestre y el imperativo de abordar el considerable reto que plantean los desechos espaciales»⁶⁵.

Se hace necesario generar un diálogo efectivo entre los dirigentes mundiales y la comunidad científica y tecnológica, con el fin de formular modelos de comportamiento que faciliten la conexión entre la ciencia y la política, con

las partes interesadas que se iniciaron en marzo de 2012 y de las negociaciones intergubernamentales que tuvieron lugar entre julio de 2014 y marzo de 2015, con el apoyo de la Oficina de las Naciones Unidas para la Reducción del Riesgo de Desastres, a petición de la Asamblea General de las Naciones Unidas. El Marco de Sendái es el instrumento sucesor del Marco de Acción de Hyogo (2005-2015) para el: «Aumento de la resiliencia de las naciones y las comunidades ante los desastres». El Marco de Acción de Hyogo se concibió para dar un mayor impulso a la labor mundial en relación con el Marco Internacional de Acción del Decenio Internacional para la Reducción de los Desastres Naturales de 1989 y la Estrategia de Yokohama para un «Mundo Más Seguro: Directrices para la prevención de los desastres naturales, la preparación para casos de desastre y la mitigación de sus efectos», adoptada en 1994, así como su Plan de Acción, y la Estrategia Internacional para la Reducción de los Desastres de 1999. https://www.unisdr.org/files/43291_spanishsendaiframeworkfordisasterri.pdf (consultado el 16 de abril de 2020).

⁶² NEO (*Near Earth Objects*). Según la NASA: «A principios de 2019 el número de NEOs descubiertos ascendía a más de 19.000 y desde entonces se calcula que han superado los 20.000. Se agregan un promedio de 30 nuevos NEOs cada semana. Más del 95 por 100 de estos objetos han sido descubiertos por estudios financiados por la NASA desde el año 1998, fecha en la que es estableció el Programa de Observaciones NEO y se comenzó a rastrear y a catalogar los objetos próximos a la Tierra», <https://ciencia.nasa.gov/protegiendo-nuestro-planeta-natal>.

⁶³ *Op. cit.*, nota 3, párr. 16.

⁶⁴ Este tratado (véase *op. cit.*, nota 2) surge a partir de la Resolución 2222 (XXI) de AG de las NNUU de 19 de diciembre de 1966, abierto a la firma el 27 de enero de 1967 y entró en vigor el 10 de octubre de 1967 (al que España se adhiere el 27 de noviembre de 1968, tal como se recoge en el *BOE* núm. 30, de 4 de febrero de 1969).

⁶⁵ *Op. cit.*, nota 53, párr. 14.

renovados modelos de cooperación entre los cuales la diplomacia espacial resulta una herramienta imprescindible.

4. EL DERECHO Y LA POLÍTICA ESPACIAL

En la búsqueda de estos nuevos modelos de cooperación que armonicen el derecho y la política espaciales cabe tener en cuenta la Conferencia sobre Derecho y Política Espacial *Space Matters, bringing the benefits of Space to humankind*, celebrada en Moscú del 11 al 13 de septiembre de 2018, organizada por la UNOOSA⁶⁶ y el Gobierno ruso, en consorcio con la Agencia Espacial Rusa (ROSCOSMOS).

Se trata de un evento importante dado que es la primera conferencia de las Naciones Unidas sobre «Derecho del Espacio», en el que coincidiendo con el 50 aniversario de UNISPACE se debatieron temas de calado, como la gobernanza espacial frente a los nuevos retos y amenazas existentes. Se intentó sensibilizar a políticos, juristas y emprendedores sobre el papel esencial de la cooperación internacional, con el fin de dar sostenibilidad a las actividades espaciales⁶⁷.

Como apunta Elvira Prado Alegre⁶⁸, el primer tema que se llevó a debate fue el uso responsable, pacífico y seguro del espacio, donde Peter Martínez, presidente del grupo de trabajo para la sostenibilidad del espacio ultraterrestre, señaló la importancia de lo que bautizó como las «tres eses» en materia de actividades espaciales como son: *safety, security and sustainability*, a lo que añadió André Rypl, presidente de la 62 sesión de COPUOS, que resultaba fundamental y relevante «la contribución de las potencias medias espaciales para la sostenibilidad del espacio ultraterrestre a través de políticas nacionales y marcos regulatorios».

Otro tema que se trató en la conferencia fue la falta de consenso por parte de algunos Estados, con respecto a las materias relacionadas con la limitación de armas en el espacio. Como apuntó Serguéi Riabkov, a la sazón viceministro ruso de Exteriores, se hace urgente «frenar la intención de algunos países de desplegar armas en el espacio»⁶⁹ haciendo tácita referencia a la propuesta de Estados Unidos⁷⁰ de crear una Fuerza Armada Espacial. Recalcó que «Rusia ve con inquietud que se trate de pasar a la siguiente fase de la

⁶⁶ PRADO ALEGRE, E., «La UNOOSA debate en Moscú los retos de la futura gobernanza espacial», *Infoespacial.com*, 21 de septiembre de 2018, <http://www.infoespacial.com/mundo/2018/09/21/noticia-unoosa-debate-moscu-retos-futura-gobernanza-espacial.html>.

⁶⁷ FARAMIÑÁN GILBERT, J. M. DE, *Las controvertidas cuestiones sobre la minería espacial: lagunas jurídicas en la regulación del espacio ultraterrestre* (con prólogo de Sergio Marchisio), Madrid, Kinnamon, 2020.

⁶⁸ PRADO ALEGRE, E., *op. cit.*, nota 66.

⁶⁹ <https://mundo.sputniknews.com/espacio/201809111081885677-derecho-del-espacio-prohibicion-de-armas/>.

⁷⁰ GUTIÉRREZ ESPADA, C., «La política de los Estados Unidos sobre el uso militar del espacio. De Bush (2006) a Obama (2010)», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 20, 2010.

militarización del espacio con el emplazamiento de armas de ataque». Idea que apuntaló Vladimir Ermakov, responsable del Ministerio de Exteriores ruso para la no proliferación de armamento, indicando que «en Rusia estamos muy preocupados por esa opción y la falta de deseos de ciertos Estados de renunciar a esa posibilidad»⁷¹. Nos encontramos ante un tema sensible pues, como ha señalado Cesáreo Gutiérrez Espada, «sabido es que la utilización militar del espacio ultraterrestre se produce desde el inicio mismo de las actividades espaciales»⁷².

Temas que sin duda afectan a la sostenibilidad en el desarrollo de las actividades espaciales. Recordemos que, en la Resolución 61/58 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre «Nuevas medidas prácticas para la prevención de la carrera de armamentos en el espacio ultraterrestre»⁷³ de 2007, se resaltó el interés común de toda la humanidad en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre con fines pacíficos, por lo que se destaca la obligación de todos los Estados de observar las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas en lo que respecta al uso o la amenaza del uso de la fuerza en sus relaciones internacionales, «incluso en sus actividades espaciales»⁷⁴.

En este sentido, resulta evidente que, con la prevención de una carrera de armamentos en el espacio ultraterrestre, se conjuraría un grave peligro para la paz y la seguridad internacionales, por lo que la utilización cada vez mayor del espacio aumenta la necesidad de mejor transparencia e información por parte de la comunidad internacional.

Otro de los temas que se trataron en esta Conferencia sobre Derecho y Política Espacial fueron los aspectos jurídicos relacionados con la reducción de los desechos espaciales, partiendo de la base de que en el derecho espacial internacional no se ha logrado aún ninguna definición aceptada sobre los mismos y que se trata de un tema de agenda política relacionado con la sostenibilidad a largo plazo. Apunta Elvira Prado Alegre que «se debatió sobre

⁷¹ PRADO ALEGRE, E., *op. cit.*, nota 66.

⁷² GUTIÉRREZ ESPADA, C., «La militarización del espacio ultraterrestre», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 12, 2006. Véase también CERVELL HORTAL, M. J., «La denuncia del Tratado ABM (diciembre de 2001) por Estados Unidos», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 54, 2002, núm. 1, pp. 509-514; SEPÚLVEDA, I., «Promesa o peligro: La materialización de la Iniciativa de Defensa estratégica», *ARI. Real Instituto Elcano*, núm. 34, julio 2006; GAGNON, B., «The sword and the shield: surround Russia and China with mobile “Missile Defence” Systems Global Research», *Global Network against Weapons & Nuclear Power in Space*, 5 de febrero de 2010; JASANI, B. M., *Outer Space battlefield of the future?* SIPRI, Londres, Taylor & Francis, 1968; JASENTULIYANA, N., *International Space Law and the United Nations*, La Haya-Boston-Londres, Kluwer Law International, 1999.

⁷³ Resolución 61/58 de la AG de las NNUU, de 3 de enero de 2007, 61 periodo de sesiones, tema 89 del programa «Prevención de una carrera de armamentos en el espacio ultraterrestre», A/RES/61/58.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 1. Son importantes sus antecedentes: «Recordando en este contexto sus resoluciones anteriores, en particular las Resoluciones 45/55 B, de 4 de diciembre de 1990; 47/51, de 9 de diciembre de 1992, y 48/74 A, de 16 de diciembre de 1993, en las que, entre otras cosas, reafirmó la importancia de las medidas de fomento de la confianza como medio de lograr el objetivo de prevenir una carrera de armamentos en el espacio ultraterrestre. Consciente de los beneficios que reportan las medidas de fomento de la confianza y la seguridad en la esfera militar».

la necesidad de clarificar la definición técnica y la jurídica de los desechos espaciales, con la finalidad de llegar a un consenso sobre cuál sería el marco jurídico apropiado, así como la asignación de responsabilidades»⁷⁵.

Cabe también destacar otras iniciativas como el Foro de las Naciones Unidas y China sobre Soluciones Espaciales, relativo al tema de «Alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible» que se celebró del 24 al 27 de abril de 2019 en Changshá (China)⁷⁶. El Foro fue organizado conjuntamente por la UNOOSA y la Administración Espacial Nacional de China (CNSA), en cooperación con el Departamento de Industria y Tecnología de la Información de la provincia de Hunan, y contó con el apoyo de la Organización de Cooperación Espacial de Asia y el Pacífico (APSCO), el Centro Regional de Formación en Ciencia y Tecnología Espaciales para Asia y el Pacífico afiliado a las Naciones Unidas, el gobierno municipal de Changshá y la Universidad de Hunan.

Su principal cometido se focalizó en reunir a los proveedores y usuarios relacionados con actividades espaciales a fin de fortalecer las alianzas existentes y mejorar la cooperación espacial internacional, con la perspectiva de contribuir a la consecución de los ODS⁷⁷.

El esfuerzo político e institucional del Foro se centró en darle una cobertura jurídica a la búsqueda de «soluciones espaciales», que sirviesen para alcanzar los ODS con el fin de: *a)* examinar la situación actual y las tendencias futuras; *b)* detectar las necesidades de los Estados miembros en materia de actividades espaciales, así como las lagunas existentes entre las necesidades de los usuarios y las soluciones espaciales; *c)* centrarse en el Objetivo ODS 17⁷⁸ para mejorar las alianzas existentes, así como crear otras alianzas entre los nuevos interesados, y *d)* aprovechar el proyecto chino de «la Franja y la Ruta»⁷⁹ con el fin de crear un «pasillo de información espacial»⁸⁰.

Con estos cometidos se destacaba la importante función que desempeña el espacio ultraterrestre en relación con los ODS.

⁷⁵ También, «se debatió sobre la necesidad de que la comunidad internacional creara un instrumento jurídicamente vinculante, cuando sea oportuno, a fin de garantizar la aplicación de derecho internacional y la seguridad jurídica necesaria para estimular la inversión privada y la investigación para la futura exploración del espacio». PRADO ALEGRE, E., *op. cit.*, nota 66.

⁷⁶ El Foro reunió a participantes de organizaciones e instituciones públicas y privadas de ámbito nacional, regional e internacional encargados de adoptar decisiones de acuerdo con organismos gubernamentales, funcionarios de organismos regionales e internacionales, expertos de la comunidad espacial, la industria, el sector empresarial y los círculos académicos, representantes del sector privado en los ámbitos espacial y no espacial y la sociedad civil.

⁷⁷ *Informe del Foro de las Naciones Unidas y China sobre soluciones espaciales relativo al tema «Alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible»*, Changshá, China, 24 a 27 de abril de 2019, COPUOS, A/ AC. 105/1210, párr. 73.

⁷⁸ ODS 17: «Fortalecer los medios de implementación y revitalizar la Alianza Mundial para el Desarrollo Sostenible».

⁷⁹ Desde que, a finales de 2013, el Presidente Xi Jinping de China ha promovido la idea de sumar esfuerzos para construir el proyecto de la Franja Económica de la Ruta de la Seda, con el objetivo de estimular el desarrollo, y el comercio en ese vasto territorio que agrupa a más de 60 países y a más de la mitad de la población mundial.

⁸⁰ *Op. cit.*, nota 77, párr. 9.

A través de este Foro se elaboró un Informe que sirvió de instrumento de trabajo a COPUOS en su 62 periodo de sesiones de junio de 2019 y con este propósito en el marco del Foro se organizó un Panel de Alto Nivel, titulado «Reforzar la función del espacio para la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible», presidido por la UNOOSA e integrado por ocho representantes de organismos espaciales y usuarios.

Los participantes en el Panel señalaron que si los organismos espaciales nacionales se proponen alcanzar con éxito los ODS necesitarán reforzar la cooperación y la coordinación, con el fin de desarrollar una tecnología espacial al servicio de los 17 objetivos. Se indicó que activar las potencialidades que ofrece el espacio ultraterrestre solo se logrará en la medida en que se logren reducir las barreras sectoriales e institucionales y se refuerce la aplicación del derecho del espacio ultraterrestre.

Se ha reconocido que, para alcanzar estas metas en el ámbito de las actividades relacionadas con el espacio ultraterrestre, «además de la ciencia y la tecnología espaciales, el derecho y la política espaciales constituían una parte importante del apoyo a los países [...] a fin de desarrollar el espacio en beneficio de todos los pueblos y en interés de todos los países»⁸¹.

El Panel de Alto Nivel consideró que, para lograr un equilibrio entre los Estados en materia de seguridad y desarrollo, habría que fortalecer el papel de la COPUOS y sus dos subcomisiones «como principal plataforma de coordinación en el plano mundial»⁸². Puesto que temas como la observación de la Tierra, las comunicaciones por satélite, la determinación de la posición y navegación, la astronomía, la ciencia espacial permitirán elaborar productos y servicios derivados del espacio que se controlen con la adopción de decisiones jurídicas que regulen las cuestiones económicas, políticas, sociales y ambientales; en las que se tenga en cuenta el beneficio para los países en desarrollo⁸³.

Se recomendó que en la Agenda «Espacio2030» se potenciara el espíritu de empresa, la puesta en marcha de fábricas e infraestructuras de satélites y nanosatélites y el intercambio de datos, con la idea de contribuir a la economía espacial. Por ello, el Panel ha sido categórico al indicar que «para apoyar el logro de estos objetivos por medio de las aplicaciones espaciales, se necesita un régimen jurídico estable para el espacio ultraterrestre, así como también de una gobernanza mundial adecuada en un medio espacial seguro, protegido y sostenible, basado en el régimen general del derecho del espacio»⁸⁴.

⁸¹ *Ibid.*, párrs. 54-55.

⁸² *Ibid.*, párr. 55.

⁸³ *Ibid.*, párrs. 56-57. Se hizo hincapié en el hecho de que la Unión Africana (UA) estaba elaborando «una política y estrategia espaciales para África con el fin de desarrollar una capacidad espacial autóctona, tanto para el sector privado como para el público, que le permitiera definir programas espaciales coordinados, eficaces e innovadores dirigidos para los países africanos». Se destacó, también, que se había aprobado el estatuto de la Agencia Espacial Africana y que se había seleccionado a Egipto como sede.

⁸⁴ *Ibid.*, párr. 59.

Téngase en cuenta que dentro de las siete prioridades temáticas elaboradas por UNISPACE+50 se destaca, a los efectos de este estudio, la prioridad temática segunda que se refiere especialmente al «régimen jurídico del espacio ultraterrestre»⁸⁵ y la gobernanza global del espacio, teniendo en cuenta las perspectivas actuales y futuras.

Finalmente, el Foro adoptó la *Declaración de Changshá* el 26 de abril de 2019, en la que vuelve a considerar la necesidad de que los Estados elaboren políticas espaciales y marcos reglamentarios a nivel nacional, conforme a sus necesidades y de acuerdo con el Derecho internacional del espacio, dado que entiende que la creación de capacidades y asistencia jurídica de carácter técnico son esenciales para alcanzar los ODS⁸⁶.

5. GOBERNANZA GLOBAL Y DIPLOMACIA ESPACIAL COMO UN NUEVO CAMPO DE ACCIÓN

Las propuestas adoptadas por COPUOS en su Proyecto de informe⁸⁷ del 61 periodo de sesiones celebrado en Viena del 20 a 29 de junio de 2018, así como las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el espacio ultraterrestre y los criterios adoptados en la Conferencia sobre Derecho y Política Espacial, celebrada en Moscú del 11 al 13 de septiembre de 2018⁸⁸, y en el Foro de las Naciones Unidas y China sobre Soluciones Espaciales de Changshá de abril de 2019⁸⁹, que hemos analizado, le han brindado a COPUOS los materiales oportunos para abordar un amplio programa de trabajo sobre el espacio, el cambio climático, la Agenda «Espacio2030» y el desarrollo sostenible, y que fueron desarrollados en su 62 periodo de sesiones en Viena del 12 al 21 de junio de 2019⁹⁰.

Por tanto, de conformidad con el párr. 14 de la citada Resolución 73/91 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 2018⁹¹, COPUOS ha seguido examinando con carácter prioritario los medios para hacer respetar el uso del espacio ultraterrestre con fines pacíficos, en la búsqueda de una perspectiva más amplia de seguridad espacial y con el propósito de que las actividades espaciales garanticen de forma segura y responsable la cooperación internacional, regional e interregional en un marco de gobernanza global.

⁸⁵ Véase la lista de las siete prioridades temáticas de UNISPACE+50 en *op. cit.*, nota 14.

⁸⁶ *Declaración de Changshá*. Declaración aprobada en el Foro de las Naciones Unidas y China sobre Soluciones Espaciales relativo al tema «Alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible», en Changshá (China) el 26 de abril de 2019, A/AC. 105/1210, Anexo, párr. 6.

⁸⁷ Proyecto de informe Comisión sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos (COPUOS), 61 periodo de sesiones, Viena, 20 a 29 de junio de 2018, A/AC. 105/L.314.

⁸⁸ PRADO ALEGRE, E., *op. cit.*, nota 66.

⁸⁹ Informe del Foro de las Naciones Unidas y China sobre soluciones espaciales, *op. cit.*, Changshá, China, 24 a 27 de abril de 2019, COPUOS, A/AC. 105/1210.

⁹⁰ Informe de la Comisión sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos (COPUOS), 62 periodo de sesiones, Viena, 12 a 21 de junio de 2019, A/74/20.

⁹¹ Resolución 73/91 de la AG de las NNUU, *op. cit.*, nota 8, párr. 14.

Para COPUOS, la celebración del 50 aniversario UNISPACE+50 había servido para resaltar la importancia de estrechar la cooperación internacional y crear una conciencia global sobre los beneficios de la ciencia y la tecnología espaciales en el desarrollo sostenible. En esta línea, resultaba importante que los Estados miembros elaborasen una agenda que permitiese orientar la labor de la Comisión y de sus dos subcomisiones, con una visión amplia y a largo plazo, centrada en el cumplimiento de los ODS.

No obstante, se hizo notar la preocupación de que el avance de la ciencia y la tecnología estaba generando una inquietante deriva hacia la utilización de los recursos espaciales con fines comerciales, lo que intrínsecamente comportaba el riesgo de que se intensificase la competencia mundial por hacerse con la propiedad de los recursos del espacio ultraterrestre, poniendo en peligro la paz y la seguridad internacionales⁹². Un punto importante del Informe, que interesa destacar, es el que se refiere al hecho de que la cuestión de la explotación de los recursos naturales requería del establecimiento de un marco internacional jurídicamente adecuado dentro del cual pudieran hallarse «soluciones equitativas, sostenibles y racionales»⁹³, frente a algunas delegaciones que insistieron en que el instrumento no fuese jurídicamente vinculante, lo cual a nuestro entender se opone a la filosofía del *Corpus Iuris Spatialis*, dado que la falta de control internacional podría dar lugar a una carrera en pos de los recursos con serias consecuencias económicas y políticas.

Estos son momentos en los que se «deben aunar las fuerzas para trabajar en beneficio e interés de la humanidad»⁹⁴; sin embargo, la ausencia de conflictos en el espacio, por el momento, no puede considerarse como una garantía de paz. Se hace necesario replantearse una «gobernanza global» de las actividades llevadas a cabo en el espacio ultraterrestre, máxime en una era en la que se están incorporando nuevos agentes al ámbito espacial.

Por ello resulta importante que los Estados tengan en cuenta la Agenda «Espacio2030» en torno a la gobernanza global⁹⁵. En efecto, los objetivos y las principales metas a las que deben someterse las actividades en el espacio ultraterrestre precisan de una gobernanza global más firme y mejor definida en sus estructuras de apoyo. Lo que reclama una sólida estructura espacial y una mejora de los datos que puedan obtenerse desde el espacio. De ahí que la Agenda «Espacio2030» suponga un referente necesario al que debemos acudir para mejorar los factores del desarrollo.

Otra de las consecuencias preocupantes del avance de la tecnología es la «brecha espacial» que se ha abierto entre aquellos países que han desarrollado tecnología punta y los que no han logrado alcanzar capacidades tecnológicas y que se encuentran en una situación de desventaja en el marco de las actividades en el espacio ultraterrestre y, como resultado de ello, no logran

⁹² *Op. cit.*, nota 90, párr. 34.

⁹³ *Ibid.*, párrs. 35-36.

⁹⁴ *Ibid.*, párrs. 50-54.

⁹⁵ COPUOS, *op. cit.*, nota 7.

el acceso a las ventajas y los recursos que ofrece este ámbito de acción. Algo similar ocurre con la «brecha digital» que implica una importante diferencia de oportunidades con respecto al acceso a las tecnologías de la información y las comunicaciones, a las que muchos países tienen un acceso limitado o incluso nulo.

Por ello, la Agenda «Espacio2030» se ha elaborado con el fin de cubrir esas brechas a través de cuatro pilares estratégicos y transversales: *a)* la economía espacial: buscando el desarrollo de beneficios económicos derivados del espacio; *b)* la sociedad espacial: es decir, la promoción de beneficios de carácter social provenientes de las actividades en el espacio; *c)* la accesibilidad espacial: el acceso del espacio a todos los Estados, sean desarrollados o en desarrollo, y *d)* la diplomacia espacial: fomentando la creación de alianzas, la gobernanza global y el fortalecimiento de la cooperación internacional.

Al entender que el espacio es un «motor para el desarrollo sostenible», a través de estos cuatro pilares la agenda que comentamos se plantea encontrar las herramientas espaciales con las que alcanzar los ODS en la gobernanza global y en la utilización del espacio con fines exclusivamente pacíficos.

Como hemos visto en reiteradas ocasiones, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha señalado que COPUOS y sus dos Subcomisiones son el foro apropiado para desarrollar los modelos tecnológicos y legales que promuevan la gobernanza internacional del espacio. La Agenda propone que estas medidas se encaminen a lograr metas medibles, a través la participación de los Estados miembros de la Comisión, con la esperanza de completar para 2025 la paridad en materia de género⁹⁶ y de alcanzar para 2030 los 120 Estados participantes⁹⁷.

Otro de los objetivos de la Agenda «Espacio2030» es la puesta en marcha de la «alianza espacial mundial» por el desarrollo sostenible. Esta alianza augura integrar el conjunto de la infraestructura espacial y los datos que se obtienen a escala mundial desde el espacio y desde la Tierra, incluidos los sistemas mundiales de navegación por satélite y las telecomunicaciones satelitales, con el fin de trabajar con mayor eficacia en el cumplimiento de los 17 ODS⁹⁸.

⁹⁶ Según la Agenda «Espacio2030», la cifra en 2017 era de 38 por 100 de mujeres y 62 por 100 de hombres. *Ibid.*

⁹⁷ *Ibid.*, párr. 42. COPUOS se compone de 87 Estados miembros, más las 37 organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales internacionales con mandatos relacionados con el espacio que son observadores permanentes. Véase también *Guía de Estudio COPUOS. UCM3MUN*, 2019, <http://uc3mun.arudi.org/wp-content/uploads/2019/02/COPUOS-UC3MUN-2019.pdf>.

⁹⁸ COPUOS, *op. cit.*, nota 7, párrs. 31, 32 y 33: «A fin de obtener la financiación necesaria para cumplir la Agenda “Espacio2030”, incluida la alianza, se establecerá el pacto mundial del espacio como principal mecanismo de colaboración entre la Oficina de Asuntos del Espacio Ultraterrestre y el sector privado. Además, se propone crear un fondo espacial mundial para el desarrollo, siguiendo los ejemplos de otros mecanismos existentes de financiación de las Naciones Unidas, para apoyar la coordinación y la ejecución de las actividades de la alianza espacial mundial en favor de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (véanse los párrs. 60 a 67)».

En el marco de los cuatro pilares estratégicos, la economía espacial cumple un importante papel como motor de desarrollo sostenible dentro de una serie de objetivos, como la alianza espacial mundial, el pacto mundial del espacio y el fondo espacial mundial para el desarrollo. De tal manera que este primer pilar podría definirse como «el espectro completo de actividades y el uso de recursos que crean y aportan valor y beneficios a la población mundial en el transcurso de la exploración, la comprensión y la utilización del espacio»⁹⁹.

Con la sociedad espacial como segundo pilar se busca promover los beneficios sociales que se derivan de las actividades en el espacio, creando sociedades resilientes y de bajas emisiones, buscando resultados prácticos al servicio de la salud mundial, por lo cual se ha propuesto a la Organización Mundial de la Salud (OMS) la creación de «un cargo especial de coordinador de alto nivel para asuntos relacionados con el espacio»¹⁰⁰. Además, que las actividades espaciales se pongan al servicio de la seguridad humana y del clima espacial frente a los fenómenos meteorológicos espaciales intensos y extremos que exigen una respuesta de la comunidad internacional. Sin olvidar las cuestiones de género en lo que se ha dado en llamar «el espacio para las mujeres», en un universo abierto que promueve y facilite el acceso transparente a datos de ciencia espacial.

El tercer pilar, la Accesibilidad Espacial, nos habla del acceso al espacio para todos sin discriminaciones socioeconómicas o tecnológicas y que los productos obtenidos desde el espacio puedan ser utilizados en condiciones de igualdad. Este «acceso al espacio» implica una doble vertiente: «Por un lado, el acceso físico al espacio y a las infraestructuras espaciales y, por otro lado, el acceso a los datos obtenidos desde el espacio»¹⁰¹.

Sobre el cuarto pilar, la «Diplomacia Espacial»¹⁰², deseo realizar un análisis más detallado, dado que se está implementando como un nuevo campo de acción. En este caso, se está haciendo referencia al reforzamiento, por una parte, de los mecanismos existentes y, por otra, de crear nuevos mecanismos para la utilización del espacio en el ámbito de la cooperación internacional. Este modelo de diplomacia deberá regirse por las normas y los tratados vigentes, con el objetivo global de hacer frente a los desafíos comunes de la humanidad, creando alianzas constructivas basadas en el conocimiento.

Se ha destacado que COPUOS sigue siendo el centro de la gobernanza global de las actividades en el espacio ultraterrestre y que la amplia variedad de miembros que componen esta Comisión abre un importante abanico para el intercambio de experiencias, dado que asisten tanto potencias espaciales como países con capacidad espacial incipiente. En el marco de la diplomacia espacial, se podrán «aprovechar las alianzas existentes y crear nuevas

⁹⁹ *Ibid.*, párrs 56 y ss.

¹⁰⁰ *Ibid.*, párr. 98.

¹⁰¹ *Ibid.*, párr. 132.

¹⁰² *Ibid.*, párrs. 144 y ss.

alianzas, con la idea de facilitar el diálogo con un número mayor de comunidades de usuarios y lograr una mayor sinergia»¹⁰³. Para ello, se propone que el Foro de Alto Nivel sobre el Espacio, como motor del desarrollo socioeconómico sostenible, con el apoyo de la UNOOSA, formalice una reunión ordinaria anual en la que estos foros promuevan alianzas más fuertes entre los gobiernos, las organizaciones internacionales, la industria, el sector privado, el mundo académico y la sociedad civil.

En estos foros se han puesto de manifiesto los amplios beneficios sociales que genera el espacio como ámbito de innovación y la posibilidad de fortalecer iniciativas conjuntas entre los interesados en el desarrollo del sector espacial. Estas reuniones anuales han convertido a los foros en importantes centros en los que «toda la comunidad espacial examina esos ámbitos intersectoriales, integrando los aspectos económicos, ambientales, sociales, de política y de regulación del espacio con miras al desarrollo sostenible a nivel mundial, y mediante el establecimiento de alianzas para cumplir la Agenda «Espacio2030»¹⁰⁴. En ellos se ha debatido sobre el espacio como motor de desarrollo sostenible, a los efectos de conectar UNISPACE+50 con la Agenda «Espacio2030» y sus cuatro pilares.

Otro objetivo importante de la diplomacia espacial será examinar los factores de innovación, porque se trata de un aspecto muy relacionado con el pilar de la economía espacial, con la perspectiva de fomentar la participación de los países en desarrollo y los países con capacidad espacial embrionaria. Promover los intercambios y la posibilidad de «crear una estructura de apoyo “de abajo arriba” para garantizar la continuidad en la elaboración y ejecución de futuros marcos mundiales de exploración espacial»¹⁰⁵.

Todo ello implica que la diplomacia espacial se estructure como un instrumento de cooperación internacional, capaz de aumentar la seguridad y la sostenibilidad de las actividades en el espacio, fomentando la protección de los bienes espaciales, los sistemas espaciales y las infraestructuras esenciales.

La UNOOSA, haciendo las funciones de secretaría de la Comisión, es el instrumento idóneo para elaborar un mecanismo que pueda servir de ayuda y orientación a los Estados miembros, a la hora de aplicar las directrices relativas a la sostenibilidad a largo plazo en las actividades espaciales generando transparencia y confianza mutua.

La Oficina, por tanto, puede elaborar protocolos de asistencia técnica en materias relacionadas con el derecho y la política espaciales y extender y ampliar su cooperación con otras entidades y programas de las Naciones Unidas, como, por ejemplo, la Oficina de Asuntos de Desarme. Otra función importante, ya señalada, es impulsar las aplicaciones del Registro de Objetos Lanzados al Espacio Ultraterrestre, mejorando las prácticas de registro ac-

¹⁰³ *Ibid.*, párr. 148.

¹⁰⁴ *Ibid.*, párrs. 34, 35 y 36.

¹⁰⁵ *Ibid.*, párr. 151.

tuales y fomentando la armonización de la información orbital que facilitan los Estados de registro; puesto que la Oficina lleva este registro en nombre del Secretario General de las Naciones Unidas y difunde mediante su sitio web la información contenida en el mismo¹⁰⁶.

La diplomacia espacial tiene en la Oficina el mejor instrumento para reforzar las iniciativas de divulgación y fomento de capacidades, sobre todo por la importante red internacional de la que dispone y que permitirá a la UNOOSA intensificar su presencia a nivel regional y mundial. Para ello, será recomendable que se refuerce y mejore «la colaboración con la comunidad diplomática en los ámbitos de la diplomacia espacial, la gobernanza global de las actividades [...] y la universalidad de los tratados relativos al espacio ultraterrestre»¹⁰⁷.

6. REFLEXIONES FINALES

Podemos concluir que la gobernanza global de las actividades en el espacio ultraterrestre va a ser determinante para el futuro del espacio durante el siglo XXI con el fin de evitar que determinados Estados o empresas multinacionales se hagan con el control de la exploración y utilización del espacio y de sus recursos. Para ello, se hace necesario y urgente reclamar regulaciones jurídicas vinculantes y negociadas de forma colectiva por las Naciones Unidas y COPUOS, que es su órgano más efectivo, con el fin de preservar los beneficios del espacio para las generaciones venideras.

Insistimos en la necesidad de potenciar la puesta en marcha de acciones institucionales que refuercen el control de los Estados y las empresas sobre las actividades espaciales con el fin de no violentar el ecosistema del espacio ultraterrestre.

El mayor reto con el que nos enfrentamos es reaccionar con capacidad de respuesta ante la evolución exponencial de las actividades espaciales, y en esto la diplomacia espacial es una vía importante, preservando el espacio ultraterrestre como recurso limitado y patrimonio mundial en beneficio de la humanidad.

Por todo ello, venimos propugnando la necesaria creación de una Organización Internacional del Espacio¹⁰⁸ que se ocupe de conjugar en su seno los

¹⁰⁶ *Ibid.*, párrs. 157 y ss. En este sentido, conviene recordar la Resolución 62/101 de la AG de las NNUU de 17 de diciembre de 2007, A/RES/62/101, sobre «Recomendaciones para mejorar la práctica de los Estados y las organizaciones intergubernamentales internacionales en cuanto al registro de objetos espaciales».

¹⁰⁷ COPUOS, *op. cit.*, nota 7, párr. 162.

¹⁰⁸ Véase FENSTAD, J. E. y FARAMIÑÁN GILBERT, J. M. DE, *op. cit.*, nota 19, presentado en Viena en abril 2001; y en cuya parte final se propone a la Subcomisión de Asuntos Jurídicos del COPUOS retomar la cuestión sobre la creación de una Organización Mundial del Espacio. Véase también *Documento de la Comisión sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos (Subcomisión de Asuntos Jurídicos)*, 681 sesión, Viena, 24 de marzo de 2003, en la que el representante de España, el

distintos intereses estatales públicos y privados con la permanente custodia de los superiores intereses de la Comunidad internacional.

Recordemos que esta idea no es nueva y que fue en 1968, en la ciudad de Viena, cuando, en el seno de la Primera Conferencia de las Naciones Unidas para la exploración y utilización pacífica del espacio ultraterrestre (UNISPACE-I), se planteó por primera vez la posibilidad de crear una Organización Mundial del Espacio (OME). La idea se volvió a repetir, años más tarde, en 1982, al celebrarse UNISPACE-II, y también se recalcó el interés de reforzar y ampliar la cooperación internacional en materia de actividades espaciales.

En 1999, al celebrarse UNISPACE-III, reaparece la cuestión y resulta importante la aportación de la Delegación griega, la cual, a través de la palabra de su Jefe de delegación el Sr. Vassilis Cassapoglou, recordó cómo la Comunidad internacional organizada desde un principio había puesto la actividad espacial bajo la supervisión de las Naciones Unidas, con el fin de que la Organización pudiese vigilarla, y como consecuencia de ello, regularla y controlarla sobre la base de los principios en vigor del Derecho internacional y de la coexistencia pacífica¹⁰⁹.

Abogamos, en definitiva, por la creación de una Organización Internacional del Espacio¹¹⁰ que pueda en su seno ir cubriendo las lagunas jurídicas existentes y logre regular en beneficio de todos la explotación, uso y comercialización de los recursos existentes en el espacio ultraterrestre.

En esta línea, conviene recordar las directrices relativas a la sostenibilidad a largo plazo elaboradas por COPUOS. Directrices que tienen por objeto apoyar a los Estados y las organizaciones internacionales intergubernamentales en el desarrollo de su capacidad espacial mediante iniciativas de cooperación, según corresponda, «de manera que se reduzcan al mínimo, o de ser posible, se eviten, los perjuicios al entorno del espacio ultraterrestre y a la seguridad de las operaciones espaciales, en beneficio de las generaciones presentes y futuras»¹¹¹. Su cometido es el de abarcar todos los aspectos de las actividades espaciales relacionados con la política, la regulación, las operaciones, la seguridad, la ciencia, la técnica, la cooperación internacional y la creación de capacidad y se sustentan en un considerable acervo de conocimientos y en las experiencias

Sr. Rodríguez Cantero, hace referencia al anterior Informe en la que indica que «en aquella presentación se hicieron importantes aportaciones y sugerencias relacionadas con la actividad espacial y con la necesidad de introducir elementos jurídicos y elementos que proceden del mundo de la ética y de la moral en las actividades que se desarrollan en el espacio», p. 2.

¹⁰⁹ CASSAPOGLOU, V., Délégation de la Grèce à la III Conférence des Nations Unies pour l'Exploration et les Utilisations Pacifiques de l'Espace Extra-atmosphérique, *Déclaration Générale*, UNISPACE III, Viena, 19-30 de julio de 1999 —multicopia—, p. 3.

¹¹⁰ FARAMINÁN GILBERT, J. M. DE, «Reflexiones sobre la posible creación de una Alta Autoridad del Espacio Ultraterrestre», *Estudios de Derecho Internacional en homenaje al prof. Ernesto J. Rey Caro*, Córdoba (Argentina), Drnas-Lerner editores, t. I, 2002, pp. 275-289, y también, ZANGHI, C. y FARAMINÁN GILBERT, J. M. DE, «L'organisation mondiale de l'espace: ¿un défi oublié?», *Mélanges en l'honneur de Simone Courteix, L'adaptation du droit de l'espace. A ses nouveaux défis*, Pedone, 2007, pp. 161-175.

¹¹¹ *Op. cit.*, nota 6, p. 3.

de los Estados, las organizaciones internacionales intergubernamentales y las entidades no gubernamentales nacionales e internacionales «pertinentes para todas las actividades espaciales, previstas o en curso, en la medida de lo posible, y en todas las etapas de una misión espacial, incluidos el lanzamiento, el funcionamiento y la eliminación del objeto al final de su vida útil»¹¹².

Es en el marco de la gobernanza global de las actividades espaciales y en particular en el desarrollo y utilización ejemplar de la diplomacia espacial donde podemos encontrar los instrumentos institucionales y humanos que permitan reconvertir los modelos existentes, con el fin de adaptarlos a las nuevas exigencias de los desarrollos tecnológicos, las nuevas corrientes de comercialización del espacio, categorizadas con el neologismo de *New Space*¹¹³ y la necesidad de preservar el medio extraterrestre con criterios de desarrollo sostenible.

RESUMEN

NUEVAS PROPUESTAS PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE EN EL ESPACIO ULTRATERRESTRE

La comunidad internacional se enfrenta en el siglo XXI al reto de gestionar las actividades en el espacio ultraterrestre en beneficio de la humanidad con el propósito de que su utilización y recursos naturales puedan ser un patrimonio compartido. En la actualidad, con el fin de evaluar la aplicación de la Agenda «Espacio2030», se plantea la cuestión de poder elaborar una acción a largo plazo e informar a las Naciones Unidas sobre los beneficios del espacio, sobre la base de una cooperación internacional más estrecha y una mejor gobernanza de las actividades en el espacio ultraterrestre y la utilización de la ciencia y el derecho al servicio del desarrollo sostenible.

Palabras clave: Derecho del Espacio ultraterrestre, Agenda «Espacio2030», Comisión sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos, diplomacia espacial, desarrollo sostenible.

ABSTRACT

NEW PROPOSALS FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT IN THE OUTER SPACE

In the 21st century, the international community faces the challenge of managing activities in outer space for the benefit of humanity so that its use and natural resources can be a shared heritage. Currently in order to evaluate the application of the «Space2030» Agenda the question arises to be able to elaborate a long-term action and reporting the United Nations about the benefits of the space based on closer international cooperation and better governance of activities in outer space and the use of science and law at the service of sustainable development.

Keywords: Outer Space Law, «Space2030» Agenda, Commission on the Peaceful Uses of Outer Space, space diplomacy, sustainable development.

¹¹² *Ibid.*, p. 3.

¹¹³ FARAMIÑÁN GILBERT, J. M. DE, *Las controvertidas cuestiones sobre la minería espacial: lagunas jurídicas en la regulación del espacio ultraterrestre*, op. cit., véase p. 127, Madrid, Kinnamon, 2020, 175 pp.

NUEVAS TECNOLOGÍAS PARA LA PROMOCIÓN Y DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS

María LÓPEZ BELLOSO*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. APROXIMACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS AL PROGRESO CIENTÍFICO-TECNOLÓGICO.—2.1. Aproximación a la promoción y limitación de las nuevas tecnologías desde el Derecho internacional de los derechos humanos.—2.2. Instrumentos para la gestión de las nuevas tecnologías.—3. FUNCIONES DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS PARA LA SALVAGUARDA DE LOS DERECHOS HUMANOS.—3.1. Herramientas tecnológicas para conocer y analizar hechos pasados.—3.2. Conocer el presente: análisis estadísticos, herramientas de procesado natural del lenguaje, visualización y documentación de los datos y aplicaciones móviles al servicio de la defensa de los derechos humanos.—3.2.1. Las herramientas de análisis estadístico para conocer el presente.—3.2.2. Herramientas de procesamiento natural del lenguaje. 3.2.3. Aplicaciones móviles y herramientas para la documentación de derechos humanos: a) Documentación de violaciones de derechos humanos.—b) Herramientas de protección de defensores y activistas de derechos humanos.—c) Movilización y sensibilización.—3.3. Capacidad predictiva de las nuevas tecnologías: contribuciones de la inteligencia artificial a la protección de los derechos humanos.—4. RETOS Y LIMITACIONES DEL EMPLEO DE NUEVAS TECNOLOGÍAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS.—4.1. Amenaza a la privacidad y a la protección de datos.—4.2. Sesgos culturales y de género de la tecnología.—5. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

Durante los últimos años, las nuevas tecnologías han experimentado una gran expansión, no solo desde el punto de vista del desarrollo de nuevas herramientas y aplicaciones, sino también desde el punto de vista de su utilización en distintos campos y sectores, anteriormente ajenos a estos avances. El campo del derecho se ha incorporado a esta «era de la digitalización» más tarde que otras disciplinas como la economía o la ciencia política¹. El retraso de la colaboración interdisciplinar entre juristas y tecnólogos puede explicarse por distintos motivos: la querencia tradicional de las ciencias jurídicas por metodologías cualitativas frente al manejo de grandes volú-

* Investigadora posdoctoral en la Universidad de Deusto (mlbeloso@deusto.es). Las páginas web indicadas en este trabajo han sido consultadas por última vez el 20 de febrero de 2020.

¹ WEERAMANTRY, C. G., *The Slumbering Sentinels: Law and human rights in the wake of technology*, Penguin Books, 1983.

menes de datos²; el recelo de los juristas frente a cuestiones planteadas por las nuevas tecnologías como la protección de los datos y la privacidad, o la dificultad de la colaboración interdisciplinar entre ambos sectores científicos. Sin embargo, como apunta Isabel Victoria Lucena, es necesario un «esfuerzo ético, teórico-jurídico y legislativo (nacional e internacional)» para la regulación del uso de las nuevas tecnologías en los distintos ámbitos y del eventual impacto de estas en los seres humanos, tanto como «destinatarios de sus beneficios», como también ante «amenazas y riesgos potenciales para su integridad personal y la de sus derechos»³.

Frente a enfoques más tradicionales, centrados en las amenazas que estos progresos tecnológicos podrían traer⁴, este artículo ofrece una visión alternativa a través de la identificación de casos y tecnologías concretas que contribuyen a una mejora de la protección de los derechos humanos y el análisis de cómo estas pueden favorecer la protección de los derechos humanos. Para ello, en primer lugar, analizaremos la aproximación realizada desde el ámbito de los derechos humanos a los progresos científico-tecnológicos, frente a los enfoques en otras áreas como el desarrollo económico y social o la paz y la seguridad, junto a la revisión del trabajo de algunos de los autores que se han aventurado a defender la utilidad de las nuevas tecnologías para la protección y defensa de los derechos humanos. En segundo lugar, identificaremos funciones de las nuevas tecnologías que pueden resultar potencialmente beneficiosas para el sistema de protección de los derechos humanos. Para ello, analizaremos las especificidades técnicas de las herramientas destacadas para entender su potencial aplicación en el sector del Derecho internacional de los derechos humanos. Esta utilización no está exenta de riesgos y dificultades, por lo que, en tercer lugar, detallaremos los principales riesgos y limitaciones de la utilización de estas nuevas tecnologías en el campo de los derechos humanos. El artículo concluye avanzando posibles líneas de mitigación de los riesgos para fomentar un subsecuente desarrollo de estas innovaciones de manera responsable en la promoción e investigación de los derechos humanos.

2. APROXIMACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS AL PROGRESO CIENTÍFICO-TECNOLÓGICO

El progreso científico y el desarrollo de nuevas tecnologías como por ejemplo el *Big Data* o la inteligencia artificial (IA) han jugado un papel esencial

² LANGFORD, M. y FUKUDA-PARR, S., «The Turn to Metrics», *Nordic Journal of Human Rights*, vol. 30, 2012, pp. 222-238.

³ LUCENA-CID, I. V., «Las Nuevas Tecnologías y su impacto en los Derechos Humanos. Hacia un nuevo enfoque», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2019, núm. 40, pp. 128-146, esp. p. 143.

⁴ SAURA ESTAPÀ, J., «Nuevas tecnologías y derechos humanos», en ASÍS ROIG, R. y BONDÍA, GARCÍA, D. (coord.), *Los desafíos de los derechos humanos hoy*, Valladolid, 18 a 20 de octubre de 2006, Dykinson, 2007, pp. 487 y ss.

en la evolución de la sociedad, la cultura, y también el derecho. Colin Picker afirma, de hecho, que el desarrollo tecnológico ha condicionado la «creación, modificación y la destrucción» del Derecho internacional⁵. Sin embargo, como manifiestan varios autores, el derecho siempre ha ido «por detrás» del desarrollo tecnológico, incorporando de manera tardía la regulación de estas nuevas tecnologías al cuerpo jurídico internacional⁶. Este rezago del derecho puede explicarse tal vez por la lentitud y complejidad del proceso de creación de normas internacionales, frente a un desarrollo tecnológico cada vez más veloz que implica que el concepto de «nuevas tecnologías» aplique solamente a aquellas desarrolladas de manera reciente, complicando su regulación⁷. Ante este escenario de progreso vertiginoso, como recoge Antonio Enrique Pérez Luño, la exigencia de una «conciencia tecnológica por parte de juristas y politólogos» se torna necesaria por el posible impacto de las nuevas tecnologías, y concretamente, de internet, en los sistemas jurídicos actuales⁸. Francisco Javier Sanz Larruga afirma que pueden distinguirse dos aproximaciones distintas: la que él denomina «Derecho informático», es decir, aquellas normas destinadas a regular los aspectos relacionados con la implementación de las nuevas tecnologías; y la «telemática», que equivaldría a las funciones para las que estas nuevas tecnologías podrían emplearse para la implementación y el ejercicio del derecho⁹.

Por otro lado, algunos autores como Malcolm Langford y Sakiko Fukuda Parr argumentan que las investigaciones jurídicas emplean de forma predominante metodologías de análisis cualitativo y no empírico y cuantitativo¹⁰, lo que dificultaba la utilización de herramientas basadas en grandes cantidades de información. Phuong Pham y Patrick Vinck coincidían en esta predilección y la justificaban por la necesidad de determinar información detallada sobre los hechos, sus autores, y la forma en la que se produjeron, que tradicionalmente se conseguía a través de la realización de entrevistas

⁵ PICKER, C. B., «A View from 40,000 Feet: International Law and the Invisible Hand of Technology», *Cardozo Law Review*, vol. 23, 2001, pp. 149-220. Este autor defiende que los progresos tecnológicos/industriales de las distintas épocas han condicionado el desarrollo de los instrumentos jurídicos del derecho internacional, poniendo como ejemplo el Derecho del Mar, la regulación armamentística o la regulación de la soberanía, incorporando nuevas dimensiones como el ciberespacio.

⁶ WEERAMANTRY, C. G., *op. cit.*, nota 1; BOISSON DE CHAZOURNES, L., «New technologies, the precautionary principle, and public participation», en MURPHY, T., *New Technologies and Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 161-194; LUCENA CID, V., *op. cit.*, nota 3, p. 143. Cinta Castillo Jiménez recopiló en 2001 la aproximación desde distintas iniciativas normativas a la protección de los derechos en internet. CASTILLO JIMÉNEZ, C., «Protección del derecho a la intimidad y uso de las nuevas tecnologías de la información», *Derecho y conocimiento*, vol. 1, 2001, pp. 35-48.

⁷ Como recoge Laurence Boisson Chazournes, no existe una definición consensuada de nuevas tecnologías, sino que conviven dos aproximaciones: una basada en el objeto de las tecnologías (tecnologías de la comunicación), y otro basado en la novedad de su desarrollo. BOISSON DE CHAZOURNES, L., *op. cit.*, nota 6.

⁸ PÉREZ LUÑO, A. E., «Internet y los derechos humanos», *Derecho y conocimiento*, vol. 2, pp. 101-121, esp. p. 103, citando a FROSINI, V., *Luomo artificiale. Etica e diritto nell'era planetaria*, Milán, Spirali, 1986.

⁹ SANZ LARRUGA, F. J., «El Derecho ante las nuevas tecnologías de la información», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, 1997, núm. 1, pp. 500-516.

¹⁰ LANGFORD, M. y FUKUDA-PARR, S., *op. cit.*, nota 2.

o métodos etnográficos¹¹. A comienzos de siglo XXI algunos pioneros como Patrik Ball o Clyde Snow pusieron de manifiesto el potencial de los métodos cuantitativos para analizar las violaciones de derechos humanos¹², pero todavía son escasos los trabajos que se centran en el potencial de estas nuevas tecnologías para la investigación, promoción y defensa de los derechos humanos¹³. A pesar de su potencialidad, el número de artículos que combinan la investigación en derechos humanos y métodos de investigación mixtos (cualitativos y cuantitativos) eran todavía escasos en 2016: un 0,5 por 100 de todos los artículos sobre derechos humanos indexados en la *Web of Science*¹⁴.

2.1. Aproximación a la promoción y limitación de las nuevas tecnologías desde el Derecho internacional de los derechos humanos

El rápido desarrollo de las tecnologías, como el procesado de lenguaje natural, el aprendizaje automático o la IA, ha supuesto un importante reto para el derecho. La gran variedad de aplicación de estas nuevas tecnologías, su vertiginoso desarrollo, su ambivalencia, así como los problemas que pueden plantear a la ciudadanía, dificultan su regulación en un tiempo preciso, en un único instrumento y desde un único enfoque. En este trabajo nos centramos en aquellas tecnologías que pueden ser empleadas para una mejor defensa y promoción de los derechos humanos. Por ello, centramos nuestro análisis en el tratamiento que los distintos mecanismos internacionales han dado al progreso tecnológico desde la preocupación por su impacto en los derechos humanos, frente a otras aproximaciones, como el beneficio de su uso para el desarrollo económico y social¹⁵. Ya avanzamos, sin embargo, que el fomento

¹¹ PHAM, P. y VINCK, P., «Human Rights and Mixed Methods», *CHANCE*, vol. 31, 2018, núm. 1, p. 29.

¹² BALL, P., SPIRER, H. F., SPIRER, L. (eds.), *Making the Case: Investigating Large Scale Human Rights Violations Using Information Systems and. American Association for the Advancement of Science*, American Association for the Advancement of Science (AAAS), Science and Human, 2000.

¹³ Existen algunos trabajos pioneros como los desarrollados por ALSTON, P. y GILLESPIE, C., «Global Human Rights Monitoring, New Technologies and the Politics of Information», *European Journal of International Law*, vol. 23, 2012, núm. 4, pp. 1089-1123, o MCPHERSON, E., *ICTs and Human Rights Practice: A Report Prepared for the UN Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary, or Arbitrary Executions*, Cambridge, UK, University of Cambridge Centre of Governance and Human Rights, 2015, p. 20, que han abierto el camino en la disciplina y universidades como Oxford; MURPHY, T. (ed.), *op. cit.*, nota 6, p. 195; BROWNSWORD, R., SCOTFORD, E. y YEUNG, K. (eds.), *The Oxford handbook of law, regulation and technology*, Oxford University Press, 2017; LAND, M. K. y ARONSON, J. D. (eds.), *New technologies for human rights law and practice*, Cambridge University Press, 2018; VON ARNAULD, A. *et al.* (eds.), «New Technology Rights», *The Cambridge Handbook of New Human Rights: Recognition, Novelty, Rhetoric*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, pp. 259-358.

¹⁴ PHAM, P. y VINCK, P., *op. cit.*, nota 11.

¹⁵ En este sentido, desde las primeras resoluciones del ECOSOC a finales de la década de los sesenta, la Asamblea general ha adoptado numerosas resoluciones sobre la potencial contribución de las nuevas tecnologías al desarrollo, incorporándose también al enfoque marcado por la Agenda 2030 de desarrollo sostenible (A/RES/72/228 de 20 de diciembre de 2017). Véanse a modo de ejemplo las Resoluciones A/RES/58/200, de 23 de diciembre de 2003; A/RES/59/220, de 22 de diciembre de 2004; A/RES/60/205, de 22 de diciembre de 2005; A/RES/61/207; A/RES/62/201, de 19 de diciembre de 2007;

de las nuevas tecnologías como herramienta de realización de los derechos humanos ha sido tardía y turbulenta desde un inicio, al haber sido siempre concebidas más como una amenaza que como aliadas.

La primera referencia al impacto de la tecnología se produjo en 1968, como resultado de una iniciativa de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán¹⁶, que animaba a un análisis interdisciplinar de los retos que la tecnología planteaba en términos de derechos humanos. Concretamente, esta iniciativa identificaba cuatro áreas de especial interés: 1) el respeto a la privacidad; 2) el respeto a la personalidad del individuo; 3) los usos electrónicos que pudieran afectar a los derechos de las personas, y 4) el balance que debía asegurarse entre el desarrollo tecnológico y el avance espiritual, moral y cultural de la humanidad¹⁷. Esta recomendación se tradujo en la Resolución 2450(XXII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas¹⁸ que solicitaba al Secretario General la realización de un informe sobre los estudios existentes acerca de estos potenciales efectos de la tecnología en los derechos de la persona. Cumpliendo esta encomienda, el Secretario General entregó su informe, en el que realizó un exhaustivo análisis de los riesgos que en ese momento presentaban los desarrollos tecnológicos para los derechos humanos¹⁹. Desde estos primeros documentos, se identificaba el desarrollo tecnológico como potencialmente peligroso para la privacidad de los sujetos, la personalidad de los individuos y la dignidad de las personas, coincidiendo con las áreas de impacto identificadas por Navditya Tanwar: el impacto de la tecnología en el cuerpo humano; el impacto de la tecnología en la sociedad, y su impacto en el entorno²⁰.

Desde la Resolución 2450(XXII), la cuestión de los progresos científico-tecnológicos y su impacto en los derechos humanos se mantuvo en la agenda internacional, y la Asamblea General aprobó diversas resoluciones en las que predominaba la preocupación por la salvaguarda de los derechos humanos ante la potencial amenaza de la ciencia y la tecnología²¹. No fue hasta seis años después de dicha resolución cuando la Asamblea General aprobó la «Declaración sobre la utilización del progreso científico y tecnológico en interés de la paz y en beneficio de la humanidad». En ella, si bien se reconocía que «el progreso científico y tecnológico reviste gran importancia para acelerar el desarrollo social y económico de los países en desarrollo», también se

A/RES/64/212, de 21 de diciembre de 2009, A/RES/66/211, de 22 de diciembre de 2011; A/RES/68/220, de 20 de diciembre de 2013, y A/RES/ 70/213, de 22 de diciembre de 2015.

¹⁶ Acta Final de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos, Teherán, 22 de abril, 13 de mayo de 1968, A7 CONF/32/41, p. 12.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ A/RES/ 2450 (XXII) de 19 de diciembre de 1968.

¹⁹ E/CN.4/102' 26 febrero 1970.

²⁰ TANWAR, N., «Science, Technology and Human Rights», *IRJMST. International Research Journal of Management Sciences & Technology*, vol. 6, 2015, Issue 5, pp. 175-183, accesible en <https://www.IRJMS.com>.

²¹ A/Res 2721(XXV) de 15 de diciembre 1970; A/Res 3020(XXVII) de 18 de diciembre de 1972; A/Res 3149(XXVIII) de 14 de diciembre de 1973; A/Res 3150(XXVIII) de 14 de diciembre 1973; A/Res 3268 de 1974.

enfaticó su preocupación por su uso potencial como elemento limitador del «goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales de la persona consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos»²².

Este mismo enfoque se plasmó casi veinte años después en la Declaración y Programa de Acción de Viena, en 1993²³, en la que, en el contexto de la garantía al Derecho al Desarrollo, la Conferencia Internacional sobre Derechos Humanos tomaba nota de que «ciertos adelantos, especialmente en la esfera de las ciencias biomédicas y biológicas, así como en la esfera de la informática», podrían tener un impacto negativo «para la integridad, la dignidad y los derechos humanos del individuo» y abogaba por la cooperación internacional para «velar por el pleno respeto de los derechos humanos y la dignidad de la persona en esta esfera de interés universal»²⁴. En diciembre del mismo año, la Asamblea General aprobó una nueva resolución donde de nuevo identificaba las áreas en las que el progreso tecnológico podría jugar en detrimento de los derechos humanos: privacidad (protección de ficheros informatizados de datos personales), salud (bioética) y el medio ambiente (gestión de residuos).

Así pues, desde su inclusión en la agenda internacional de los derechos humanos en 1968, son tres las cuestiones que han acaparado la preocupación de la comunidad internacional sobre el impacto del progreso científico tecnológico: 1) la protección de la privacidad; 2) la protección de la dignidad humana, y 3) la protección frente a las desigualdades sociales y consecuencias medioambientales del uso de la tecnología. Estas tres grandes preocupaciones se van a plasmar en los instrumentos más recientes de protección de los derechos de las personas, tanto a nivel global como regional.

En los últimos años han proliferado las aplicaciones y herramientas tecnológicas que se han puesto al servicio de la promoción y defensa de los derechos humanos y la reducción de las desigualdades. Con la adopción de la estrategia de Desarrollo Sostenible y los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), se hace necesario incorporar todas las herramientas al alcance para lograr las metas fijadas²⁵. Así, el propio Secretario General de la ONU, en su «Estrategia sobre las nuevas tecnologías», afirma que la consecución de estos objetivos no será viable sin el empleo de estas herramientas²⁶. El Instituto Tecnológico de Naciones Unidas (ITU) dispone en su *web* de herramientas de sistematización de las contribuciones que las nuevas tecnologías están realizando a cada uno de los ODS, evidenciando su gran utilidad²⁷. Este enfoque

²² A/RES 3384 (XXX), de 10 de noviembre de 1975.

²³ Declaración y Programa de Acción de Viena. Conferencia Internacional de Derechos Humanos, 1993, A/CONF.157/24.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ KOSTOSKA, O. y KOCAREV, L., «A Novel ICT Framework for Sustainable Development Goals», *Sustainability*, vol. 11, 2019, núm. 7, 1961.

²⁶ *Estrategia del Secretario General de las Naciones Unidas en Materia de Nuevas Tecnologías*, p. 7, accesible en <https://www.un.org/en/newtechnologies/images/pdf/SGs-Strategy-on-New-Technologies-ES.pdf>.

²⁷ Información accesible en <http://itu-sdg-mapping-tool.azurewebsites.net/#/home>.

utilitarista de los progresos científico tecnológicos en aras del desarrollo económico y social y sostenible, tal y como hemos visto, estaba presente desde la década de los setenta, sin que desde este enfoque se percibieran los riesgos y amenazas con la misma intensidad que desde el enfoque de derechos humanos. Esto no quiere decir que en general no haya conciencia de los retos y problemas que algunas herramientas pueden presentar, sino que se prima su potencial frente al riesgo.

2.2. Instrumentos para la gestión de las nuevas tecnologías

Como señala Victoria Lucena Cid, existen ya algunas iniciativas tanto de *soft law* como de *hard law* que pueden «inspirar» la regulación de la interacción de las nuevas tecnologías y los derechos humanos²⁸. El entorno europeo se ha caracterizado por una aproximación especialmente garantista de los derechos humanos y los valores fundamentales a la innovación tecnológica, sentando las bases de un sistema propio basado en el respeto de los derechos de la ciudadanía europea que le distingue frente a países que quizá estén más avanzados en el progreso tecnológico. Ejemplo de ello son el Reglamento Europeo General de Protección de Datos (GDPR en sus siglas en inglés) y las Directrices éticas para una IA fiable de la Comisión Europea de 2019.

El GDPR aprobado por el Parlamento y el Consejo Europeo²⁹ constituye un paso más en la protección del derecho a la privacidad frente al avance de las nuevas tecnologías en el camino iniciado por la Directiva 95/46/CE³⁰ y la Convención 108 del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal³¹, que contemplaba ya los avances producidos en la década de los ochenta. Las claves de este Reglamento se centran en el análisis de impacto de privacidad, en el deber de información, el consentimiento, la transparencia, la seguridad y en el hecho de que se deben garantizar los derechos de los ciudadanos en relación con la protección de su privacidad. A pesar de ser una norma de aplicación en Europa, tiene un importante impacto extraterritorial en todas las empresas y entidades del mundo que procesen datos de ciudadanos europeos. Pese a que el foco principal del Reglamento sea la protección de la privacidad, un estudio realizado por Harsha Perera *et al.*, contrapone el contenido del Reglamento con la teoría de Schwartz³², de

²⁸ LUCENA CID, V., *op. cit.*, nota 3, p. 142.

²⁹ Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE.

³⁰ Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

³¹ Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, STE 108-28 de enero de 1981.

³² SCHWARTZ, S., «Universals in the content and structure of values: Theoretical advances and empirical tests in 20 countries», *Advances in experimental social psychology*, vol. 25, 1992, pp. 1-65.

los valores humanos básicos, afirmando que los principios y derechos del GDPR afectan a una amplia gama de dichos valores³³. En este sentido, los principios y derechos de GDPR van más allá de la privacidad del usuario, abarcando también decisiones que afecten a la vida de quienes se les procesen sus datos personales. Así pues, es un gran instrumento para facilitar el cumplimiento con dichos valores de todas aquellas tecnologías que procesen datos personales.

Respecto a los avances producidos en el ámbito de la IA, Europa ha desarrollado su propia visión «para la sociedad» de la IA, centrada en «un enfoque centrado en el ser humano, ético y seguro, que hace que la tecnología sea fiel a los valores centrales europeos»³⁴. Así pues, Europa apuesta legítimamente por dar forma y basar el futuro de su propio sistema de IA en una visión compartida paneuropea sustentada en sus fortalezas en investigación e industria, sus tradiciones para equilibrar el interés individual y social, y su diversidad.

Aunque no es vinculante, la Comisión Europea publicó el Libro Blanco sobre Inteligencia Artificial en 2020³⁵, donde establece directrices para el desarrollo y la adopción de la IA europea asentada en los «valores fundamentales y derechos fundamentales europeos como la dignidad humana» y protección de la privacidad³⁶. También ha publicado unas «Directrices para una IA fiable»³⁷, que proporcionan un conjunto de siete requisitos clave que los sistemas de inteligencia artificial deben cumplir para ser considerados confiables: 1) acción y supervisión humanas; 2) solidez técnica y seguridad; 3) gestión de la privacidad y de los datos; 4) transparencia; 5) diversidad, no discriminación y equidad; 6) bienestar social y ambiental, y 7) rendición de cuentas. Estas directrices consolidan la visión europea de la IA sustentada en los derechos fundamentales consagrados en los Tratados de la Unión Europea, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la legislación internacional de derechos humanos, y tratan de ayudar a consolidar esta visión propia de la IA que contribuya a que «Europa desarrolle una posición de liderazgo en el terreno de la inteligencia artificial mediante la creación de sistemas de IA innovadores y de vanguardia»³⁸. Estas directrices son un ejemplo de cómo conducir el desarrollo tecnológico al respeto de los

³³ PERERA, H., HUSSAIN, W., MOUGOUEI, D., SHAMS, R. A., NURWIDYANTORO, A. y WHITTLE, J., «Towards integrating human values into software: Mapping principles and rights of GDPR to values», *IEEE 27th International Requirements Engineering Conference (RE)*, IEEE, 2019, pp. 404-409.

³⁴ CRAGLIA, M. (ed.), *Artificial Intelligence: A European perspective*, Luxembourg, EC Publication Office, 2018; GRUPO INDEPENDIENTE DE EXPERTOS DE ALTO NIVEL SOBRE INTELIGENCIA ARTIFICIAL, *Directrices para una IA fiable*, Comisión Europea, 2019, accesible en <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai>.

³⁵ COMISIÓN EUROPEA, *Libro blanco sobre la inteligencia artificial - un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza*, Bruselas, 19 de febrero de 2020, COM (2020) 65 final.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ GRUPO INDEPENDIENTE DE EXPERTOS DE ALTO NIVEL SOBRE INTELIGENCIA ARTIFICIAL, *Directrices para una IA fiable*, Comisión Europea, 2018, accesible en <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai>.

³⁸ *Ibid.*, p. 47.

derechos básicos y a no restringir el foco en las implicaciones negativas que ellas puedan tener.

Recientemente se ha adoptado también la Declaración de Toronto³⁹; es una declaración de principios formulada por distintos actores sociales e impulsada por Amnistía Internacional y *AccessNow*, y suscrita por una buena parte de la comunidad de protección de derechos humanos. Adoptada en el seno de la *Rights Con.*, no se trata de un documento vinculante, sino de un conjunto de principios y directrices formulados por las organizaciones de derechos humanos en colaboración con expertos del ámbito de la IA y los derechos humanos. Está estructurada en tres secciones y establece el deber de los Estados de prevenir la discriminación en el diseño o la implementación de los sistemas de aprendizaje automático en contextos públicos o mediante asociaciones público-privadas.

Como podemos ver, de todos los instrumentos expuestos, el GDPR, único instrumento jurídicamente vinculante, sitúa la protección de la protección de datos en el centro. Sin embargo, como dejamos traslucir, las nuevas tecnologías plantean cuestiones de variada índole que un instrumento con tan restringido foco quizá no pueda abarcar. Además, la preocupación por la privacidad, que ha estado presente desde que el impacto de las nuevas tecnologías se introdujo en la agenda en 1968, refleja claramente el enfoque negativo que desde la protección de los derechos humanos se ha dado al progreso tecnológico, primando la percepción de la amenaza frente a la oportunidad de su empleo para su defensa y protección. En los epígrafes que suceden vamos a tratar ofrecer una visión alternativa, a través de la identificación de algunas de estas herramientas para la promoción y defensa de los derechos humanos.

3. FUNCIONES DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS PARA LA SALVAGUARDA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Existen tecnologías como la ciencia de datos y el *Big Data* que pueden realizar aportaciones significativas para conocer el pasado y contribuir a un mejor conocimiento y análisis de la situación actual, ayudando a detectar tendencias sociales, o como herramientas para sistematizar y documentar violaciones de derechos humanos. Los algoritmos predictivos y la IA también pueden ayudar a realizar predicciones sobre eventuales violaciones futuras y agilizar la reacción de los Estados en el combate contra las violaciones de derechos humanos. En este apartado analizamos la posible contribución de diferentes herramientas tecnológicas en base a su capacidad para analizar y conocer hechos pasados, detectar y documentar situaciones presentes y predecir violaciones futuras.

³⁹ *Toronto Declaration on Protecting the Rights to Equality and Non-Discrimination in Machine Learning Systems*, 16 de mayo de 2018, accesible en <https://www.accessnow.org/cms/assets/uploads/2018/05/Toronto-Declaration-D0V2.pdf>.

3.1. Herramientas tecnológicas para conocer y analizar hechos pasados

La mayoría de los progresos tecnológicos son herramientas cuantitativas que se basan en la gestión de grandes volúmenes de datos y pueden contribuir de distinta manera a analizar y examinar situaciones pasadas en las que se han producido conflictos y violaciones de derechos humanos que han generado mucha información. Existen dos casos concretos en los que la tecnología ha contribuido a atribuir responsabilidades e identificar a las víctimas: el Sistema de Estimación Múltiple del *Human Rights Data Analysis Group* (HRDAG), y la aplicación de herramientas tecnológicas en procesos de justicia transicional.

El sistema de Estimación Múltiple del HRDAG⁴⁰ supone la superposición de listas incompletas o parciales de violaciones de derechos humanos para poder determinar la imagen global y el número total de víctimas en un conflicto. Este modelo se basa en sistemas estadísticos para tratar de determinar la información que no ha emergido en las fuentes analizadas por separado para obtener la imagen completa de un conflicto, de un evento o situación de violencia⁴¹. Permite, por ejemplo, determinar la totalidad de víctimas de un conflicto a través de distintas fuentes incompletas en sí mismas, y se ha aplicado a conflictos como los de Guatemala, Perú o Colombia. En el caso de Guatemala, utilizando este sistema, el HRDAG determinó que casi la mitad de las muertes (alrededor de 85.000) no fueron reportadas⁴². En el caso de Perú, en donde este equipo colaboró con la Comisión de la Verdad y Reconciliación, consiguieron documentar de forma directa 18.000 muertes y estimar otras 45.000⁴³. Por último, en Colombia, en colaboración con organizaciones locales el HRDAG analizó información sobre las víctimas de homicidios y desapariciones en 15 conjuntos de datos en el contexto del departamento de Casanare⁴⁴ aportados por instancias estatales —incluyendo agencias del Estado, de seguridad, forenses y judiciales— y organizaciones de la sociedad

⁴⁰ El HRDAG es una ONG conformada por un equipo interdisciplinar que inició su trabajo en 1991 bajo la dirección de Patrick Ball, y que actualmente se ha integrado en *Benetech*, una organización sin ánimo de lucro de Silicon Valley. Este equipo ha sido pionero en la utilización de herramientas tecnológicas para analizar los datos recopilados por defensores de derechos humanos y activistas. Para más información, accesible en <https://hrdag.org/knowledge-base/>.

⁴¹ MANRIQUE-VALLIER, D., PRICE, M. E. y GOHDES, A., «Multiple systems estimation techniques for estimating casualties in armed conflicts», *Counting Civilian Casualties: An Introduction to Recording and Estimating Nonmilitary Deaths in Conflict*, vol. 165, 2013.

⁴² BALL, P., SPIRER, P. y SPIRER, H. F., «Making the Case: Investigating Large Scale Human Rights Violations Using Information Systems and. American Association for the Advancement of Science», *American Association for the Advancement of Science (AAAS)*, Science and Human, 2000.

⁴³ BALL, P. et al., *How many Peruvians have died*, Washington, D. C., American Association for the Advancement of Science, 2003.

⁴⁴ Casanare es un departamento rural de gran extensión que incluye 19 municipios y una población de casi 300.000 habitantes. En este departamento se ha dado una larga historia de violencia, ya que en él operaban diferentes grupos armados (paramilitares, guerrillas y el ejército colombiano), lo que supuso que muchos de sus habitantes fueran víctimas de muertes violentas y desapariciones.

civil. Los autores demostraron en este caso que los análisis estadísticos descriptivos de la violencia extraídos de conjuntos de datos individuales pueden resultar erróneos. Tras yuxtaponer los 15 conjuntos de datos el HRDAG concluyó que el número total de desaparecidos en este departamento entre los años 1986 y 2007 ascendía a 2.553, frente a las 1.500 personas reportadas durante el periodo. Esto supondría que entre el 30 y el 40 por 100 de las personas desaparecidas en ese departamento no fueron reportadas⁴⁵.

Posteriormente, este sistema también fue utilizado por Jule Kruger y Kristian Lum en el conflicto de Kosovo para analizar los episodios de violencia acaecidos entre marzo y junio de 1999, yuxtaponiendo las informaciones de la *American Bar Association* (ABA), *Human Rights Watch* (HRW), o la OSCE⁴⁶.

El caso de la Justicia Transicional es particularmente significativo en su acercamiento al uso de herramientas tecnológicas. En el marco de este campo emergente del Derecho internacional se han desarrollado, no solo proyectos pioneros para la revisión de la efectividad de los procesos de verdad, justicia y reparación⁴⁷, sino que también ha despertado el interés de la academia y los expertos de esta disciplina. Tal es así que en 2016 se dedicó un monográfico de la revista *Transitional Justice Review* a analizar el potencial de esta colaboración aplicada a casos concretos⁴⁸, y en 2019 fue la revista referente en el campo la que dedicó un monográfico a analizar las ventajas de la implementación de estas herramientas en esa área⁴⁹.

Phuong Pham y Phuong Vinck sostienen que las nuevas tecnologías, aplicadas a la sistematización de datos, pueden no solo contribuir a reducir el tiempo de recopilación de datos, sino también a reducir errores humanos⁵⁰. Además, como sostienen estos autores, a través de la utilización de dispositi-

⁴⁵ GUBEREK, T., GUZMÁN, D., PRICE, M., LUM, K. y BALL, P., *To count the uncounted: An estimation of lethal violence in Casanare. A Report by the Benetech Human Rights Program*, Benetech, 2010.

⁴⁶ KRUGER, J. y LUM, K., «An exploration of multiple systems estimation for empirical research with conflict-related deaths», *Visions in Methodology Conference*, University of Kentucky, 13-15 de mayo de 2015.

⁴⁷ Existen en este sentido dos proyectos pioneros que han incorporado técnicas de ciencia de datos al trabajo por la verdad, la justicia y la reparación. El primero de ellos es el denominado *Transitional Justice Database*, que comenzó en 2005 en la Universidad de Wisconsin liderado por tres académicos con una larga trayectoria en el campo de la justicia transicional: Tricia Olsen, Leigh Paine y Andrew Reiter. Este proyecto analizó más de 900 mecanismos de justicia transicional implementados entre 1970 y 2007 con el fin de determinar si estos funcionaron. Los resultados de este proyecto se organizaron en una base de datos bibliográfica de más de 2.500 entradas organizadas por temáticas y países. El segundo de los proyectos, el *Transitional Justice Data* supuso la colaboración de tres grandes universidades: Oxford, Minnesota y Harvard en un intento de entender el impacto de los mecanismos de Justicia Transicional en la situación de los derechos humanos y en la democracia alrededor del mundo. Para ello, este proyecto analizó los datos relativos a 109 procesos en 86 países entre 1970 y 2012.

⁴⁸ REITER, A. G. y WIEBELHAUS-BRAHM, E. (eds.), *Transitional Justice Review*, vol. 1, 2016, Issue 4.

⁴⁹ PHAM, P. N. y ARONSON, J. D., «Technology and Transitional Justice», *The International Journal of Transitional Justice*, vol. 13, 2019, Issue 1 (Advancing Transitional Justice through Technologies), pp. 1-6.

⁵⁰ PHAM, P. y VINCK, P., «Empirical research and the development and assessment of transitional justice mechanisms», *The International Journal of Transitional Justice*, vol. 1, 2007, núm. 2, p. 244.

vos tecnológicos, se pueden, por ejemplo, utilizar sus dispositivos de posicionamiento global (GPS) para ayudar a superar los desafíos del muestreo en lugares remotos donde no hay mapas, no existen direcciones o listas de hogares. La información geográfica también se puede analizar utilizando softwares especializados para detectar patrones geográficos o para visualizar los datos más gráficamente⁵¹. Despina Syrri apunta que las nuevas tecnologías utilizadas para el archivo abren «nuevas vías para la democratización y la rendición de cuentas», y para la creación de procesos de negociación más amplios, ofreciendo, por ejemplo, oportunidades para proteger la memoria colectiva, la documentación relativa a los procesos y el fomento de nuevas sinergias⁵². En la misma línea, afirman Phuong Pham y Jay D. Aronson que las nuevas tecnologías ofrecen a los profesionales del campo la oportunidad de «interactuar de manera más amplia y directa con las poblaciones afectadas y de educar a las sociedades» sobre injusticias pasadas, pero también actuales⁵³.

3.2. Conocer el presente: análisis estadísticos, herramientas de procesado natural del lenguaje, visualización y documentación de los datos y aplicaciones móviles al servicio de la defensa de los derechos humanos

3.2.1. *Las herramientas de análisis estadístico para conocer el presente*

Desde el antiguo Egipto, donde la recopilación de información y la creación de censos se utilizaron para planificar el crecimiento del imperio, las estadísticas han sido una herramienta poderosa utilizada en muchos campos. Hoy en día, las estadísticas se usan no solo en áreas de conocimiento técnicas, sino también ampliamente en el campo de las ciencias sociales y humanas⁵⁴. El personal investigador en el campo de los derechos humanos emplea las estadísticas como un termómetro para medir el estado de la situación desde varios puntos de vista y les permite identificar situaciones de desigualdad o discriminación⁵⁵.

Esta utilización de datos estadísticos se está también generalizando entre las organizaciones internacionales, y, como señalan Antoine Nouvet y Frederic Megret, son ya varias las que solicitan regularmente datos de los Estados para documentar la situación de los grupos vulnerables, como por ejemplo: el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW)

⁵¹ *Ibid.*

⁵² SYRRI, D., «On dealing with the past, transitional justice and archives», *Balkanica*, vol. XXXIX, 2008, p. 22.

⁵³ PHAM, P. N. y ARONSON, J. D., *op. cit.*, nota 49, p. 2.

⁵⁴ COOLICAN, H., *Research methods and statistics in psychology*, Psychology Press, 2017.

⁵⁵ SOKHI-BULLEY, B., «Governing (through) rights: Statistics as technologies of governmentality», *Social & Legal Studies*, vol. 20, 2011, núm. 2, pp. 139-155.

o el Comité de los Derechos del Niño (CRC)⁵⁶. El empleo de las estadísticas ha resultado también de utilidad para la discriminación contra ciertos colectivos. El caso más notable es la Sentencia *D. H. c. la República Checa* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵⁷, en la que el uso de estadísticas sirvió para documentar el reclamo de 18 estudiantes gitanos⁵⁸. Los estudiantes afirmaron que la distribución minoritaria de estudiantes no era justa, y que la mayoría de estos estudiantes estaban alojados en escuelas y universidades para niños con dificultades de aprendizaje. Las estadísticas empleadas en el caso mostraron que el 56 por 100 de los estudiantes en este tipo de centro eran gitanos, mientras que solo el 2,26 por 100 del número total de estudiantes en centros ordinarios pertenecía a este grupo. El tribunal estipuló que la violación del principio de igualdad de trato puede determinarse por «cualquier medio», incluido el uso de estadísticas⁵⁹.

3.2.2. Herramientas de procesamiento natural del lenguaje

Las herramientas de procesado natural del lenguaje pertenecen a la categoría de métodos analíticos concretos que incluyen una amplia variedad de temas y suponen el procesamiento de la información por parte de sistemas informáticos y la comprensión y entendimiento del lenguaje humano⁶⁰. Estas herramientas permiten, entre otras cosas, extraer información a través de algoritmos, por ejemplo, para reconocer entidades nombradas, eventos y relaciones. También posibilitan la clasificación de los textos o la generación de resúmenes e incluso la traducción automática de textos⁶¹.

El empleo de estas herramientas puede ser de gran interés, como evidencian los trabajos de autores como Ben Miller, que presentó en la Conferencia Internacional de *Big Data* en 2013 cómo herramientas de procesado de lenguaje natural permiten analizar la documentación y testimonios relativas a contextos de violaciones para humanos: 1) tratar de cuantificar su alcance; 2) determinar patrones emergentes de vulneraciones de derechos humanos; 3) analizar la generalización en función de un contexto determinado; 4) generar evidencia para documentar procesos de verdad, y 5) relatar y reconstruir eventos o acontecimientos⁶². También Ayman Alhelbawy *et al.* han testado la aplicación de estas herramientas en el contexto del desarrollo de una herra-

⁵⁶ NOUVET, A. y MÉGRET, F., «Quantitative Methods for Human Rights: From Statistics to Big Data», 27 de junio de 2016, accesible en <https://ssrn.com/abstract=2801064>.

⁵⁷ Asunto *D. H. y otros c. República Checa* (GS) núm. 57325/00, TEDH 2007.

⁵⁸ DEVROYE, J., «The Case of DH and others v. the Czech Republic», *Northwestern Journal of International Human Rights*, vol. 7, 2009, pp. 81-101.

⁵⁹ *Ibid.*, nota 57, párr. 83.

⁶⁰ OTTER, D. W., MEDINA, J. R. y KALITA, J. K., «A Survey of the Usages of Deep Learning for Natural Language Processing», *IEEE Transactions on Neural Networks and Learning Systems*, 2020, pp. 1-21.

⁶¹ JURAFSKY, D. y MARTIN, J. H., *Speech and language processing*, vol. 3, Londres, Pearson, 2014.

⁶² MILLER, B., SHRESTHA, A., DERBY, J., OLIVE, J., UMAPATHY, K., LI, F. y ZHAO, Y., «Digging into human rights violations: Data modelling and collective memory», en *IEEE, 2013 IEEE International Conference on Big Data*, 2013, p. 40.

mienta para el procesado de las redes sociales para identificar violaciones de derechos humanos, y concluyen que estas herramientas fueron efectivas en un 85 por 100 para identificar los abusos⁶³.

Otra de las aplicaciones de estos sistemas es el control de contenido, a través de la identificación del denominado «discurso del odio»: contenido racista, sexista o vejatorio, sobre todo, en las redes sociales. Si bien es cierto que el equilibrio entre la libertad de expresión y la incitación a la discriminación, hostilidad o violencia (arts. 19 y 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) es difícil de alcanzar en este contexto, las grandes compañías como Google o Facebook implementan sus propias herramientas para filtrar los contenidos que podrían constituir contenido vejatorio⁶⁴.

La potencial contribución de las herramientas tecnológicas como las técnicas de filtrado para analizar el contenido de materiales en línea podría permitir a los usuarios de internet, por ejemplo, según Edgar Burch, controlar el contenido que visualizan sin necesidad de una censura gubernamental, sino a través del uso de etiquetas identificadoras del contenido, u otras técnicas similares⁶⁵.

Un paso más en la aplicación de estas herramientas es el denominado «aprendizaje automático», que se produce cuando, a partir de los análisis de las bases de datos, los ordenadores pueden «aprender» por ellos mismos a identificar patrones, o construir modelos que expliquen determinadas situaciones. Aplicadas a la protección de los derechos humanos, estas herramientas pueden, por ejemplo, ayudar a la clasificación de sentencias, analizar vídeos de forma automática para detectar objetos, sonidos, discursos o prácticas vejatorias.

3.2.3. Aplicaciones móviles y herramientas para la documentación de derechos humanos

En los últimos años, se ha incrementado el número de equipos y proyectos que han abordado la posible contribución de las aplicaciones tecnológicas a la protección de los derechos humanos, especialmente para la recopilación de datos y documentación de abusos, y para la protección de los activistas. Queremos destacar tres importantes contribuciones en este ámbito. En primer lugar, en 2015 Ella McPherson redactó un informe para la Relator Espe-

⁶³ ALHELBAWY, A., LATTIMER, M., KRUSCHWITZ, U., FOX, C. y POESIO, M., «An NLP-Powered Human Rights Monitoring Platform», *Expert Systems with Applications*, vol. 153, 2020, núm. 1, pp. 1-42.

⁶⁴ GRIMMELMANN, J., «The Virtues of Moderation», *Yale Journal of Law & Technology*, vol. 17, 2015, Issue 1, pp. 1-68, citado por RASO F., HILLIGOSS, H., KRISHNAMURTHY, V., BAVITZ, C. y KIM, L., *Artificial Intelligence & Human Rights: Opportunities & Risks*, Berkman Klein Centre for Internet & Society, Harvard, 2018, p. 37, accesible en https://cyber.harvard.edu/sites/default/files/2018-09/2018-09_AIHumanRightsSmall.pdf.

⁶⁵ BURCH, E., «Censoring Hate Speech in Cyberspace: A New Debate in New America», *North Carolina Journal of Law & Technology*, vol. 3, 2001, p. 191.

cial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias en el que detallaba las funcionalidades de las tecnologías digitales para la documentación de los abusos de derechos humanos y la protección de los activistas⁶⁶. Un año más tarde, la colaboración entre tres importantes organizaciones (*Amnistía Internacional*, *Benetech*, y *The Engine Room*) se tradujo en dos importantes documentos: el manual *DatNav*⁶⁷, y el informe de *Engine Room* sobre las aplicaciones tecnológicas⁶⁸. El informe más completo de los tres es el realizado por Ella McPherson, mientras que el manual de *DataNav* constituye en mayor medida una guía metodológica para la utilización de estas herramientas en la investigación sobre derechos humanos.

a) Documentación de violaciones de derechos humanos

Entre los tres documentos mencionados se identifican numerosas aplicaciones para la documentación y visualización de los abusos de derechos humanos. La tabla de la página siguiente trata de recoger las principales herramientas identificadas.

Entre estas herramientas destacan *Witness* y *Whistle*, referentes en lo que se ha denominado «testimonio ciudadano» para contrarrestar las fuentes oficiales. Así, por ejemplo, en 2012, *Witness* se empleó para documentar los desalojos forzosos en Río de Janeiro en el contexto de las Olimpiadas. Estos desahucios se realizaron en barrios y zonas cercanas a las ubicaciones de las instalaciones olímpicas para mejorar la imagen de la ciudad o ampliar las infraestructuras. Gracias a los vídeos y la información ciudadana se pudo elaborar un informe de estos hechos⁶⁹. En la misma línea, la Universidad de Berkeley está trabajando en el proyecto *Rashomon* para yuxtaponer y sincronizar vídeos de varias fuentes en el mismo suceso y poder así crear una línea temporal⁷⁰.

Uno de los contextos donde se han implementado este tipo de herramientas ha sido el conflicto en Siria, no solo a través de la base de datos mencionada, sino que la geolocalización de los mensajes en redes sociales sirvió, por ejemplo, para documentar el empleo de armas químicas en Ghouta⁷¹. También los vídeos y fuentes digitales se reservaron por parte del Archivo Sirio⁷²

⁶⁶ MCPHERSON, E., *op. cit.*, nota 13.

⁶⁷ BENETECH, ENGINE ROOM Y AMNISTÍA INTERNACIONAL, *DATNAV*, *How to navigate digital data for human rights research*, 2016, accesible en <https://www.theengineroom.org/wp-content/uploads/2016/09/datnav.pdf>.

⁶⁸ THE ENGINE ROOM, *Technology tools in human rights Report*, 2016, accesible en https://www.theengineroom.org/wp-content/uploads/2017/01/technology-tools-in-human-rights_high-quality.pdf.

⁶⁹ BENETECH, ENGINE ROOM Y AMNISTÍA INTERNACIONAL, *op. cit.*, nota 67, p. 54. El informe *Exclusion Games* se colgó en internet (*YouTube*) y de él se hicieron eco numerosos medios. Véase, por ejemplo, <https://www.theguardian.com/world/2015/dec/08/rio-olympics-2016-human-rights-violations-report>.

⁷⁰ <https://rashomonproject.org/experimental/>.

⁷¹ HUMAN RIGHTS WATCH, *Attacks on Ghouta Analysis of Alleged Use of Chemical Weapons in Syria*, United States of America, 2013, accesible en <https://www.hrw.org/report/2013/09/10/attacks-ghouta/analysis-alleged-use-chemical-weapons-syria>.

⁷² <https://syrianarchive.org/en>.

para documentar violaciones de derechos humanos y crímenes de guerra cometidos por todas las partes durante el conflicto sirio en curso.

Tabla 1. Aplicaciones y herramientas para documentar abusos de derechos humanos

Nombre de la herramienta	Funcionalidad
<i>Whistle</i> ¹	Ayuda a testigos y organizaciones de defensa de los derechos humanos a documentar violaciones como la violencia sexual, el racismo y los abusos en el lugar de trabajo y en los campos de refugiados. Consta de dos partes: un formulario <i>web</i> /móvil fácil de usar que permite a los testigos denunciar violaciones de derechos humanos, y un tablero para organizaciones de defensa que permite ver, analizar, verificar y comentar informes.
<i>Witness</i> ²	Capacita y apoya a activistas en todo el mundo para dar a conocer el abuso de derechos humanos y usar vídeos de manera segura y efectiva en la lucha por los derechos humanos.
<i>Ushahidi</i> ³	Fue desarrollado para mapear informes de violencia en Kenia después de la violencia postelectoral en 2008. Permite recoger datos de distintas fuentes (SMS, aplicaciones y redes sociales) y gestionar la información recibida para visualizar los datos e incluso crear alertas.
<i>Foto Forensics</i> ⁴	Proporciona a los investigadores y profesionales acceso a herramientas de vanguardia para la fotografía forense digital, y facilita la extracción de los metadatos de la imagen.
<i>YouTube Data Viewer</i> ⁵	Se trata de una herramienta simple para extraer datos ocultos (metadatos) de vídeos alojados en <i>YouTube</i> .
<i>Violations Documentation Centre</i> ⁶	Este grupo de activistas se organizó en 2011 para comenzar a monitorear y documentar las violaciones de los derechos humanos mediante la recopilación y el visionado de vídeos en línea de violencia y atrocidades.
<i>Openevsys</i> ⁷	Base de datos gratuita y de código abierto desarrollada por HURIDOCS para registrar violaciones y el modelo de datos «quién hizo qué a quién». Permite a las ONG de derechos humanos varias acciones: registrar, explorar y recuperar información sobre víctimas, perpetradores e instancias de violaciones de derechos humanos.
<i>Martus</i> ⁸	Es una herramienta de recogida y gestión de la información, gratuita, de código abierto, y segura, que posibilita a estos activistas la recogida de datos, el almacenamiento, la copia de seguridad, y el análisis y su visualización, todo ello completamente cifrado.

Nombre de la herramienta	Funcionalidad
<i>Secureapp</i> ⁹	Herramienta para recopilación de datos que se lanzó en 2016, pero que aún está en fase de pruebas. Esta aplicación proporciona un sistema público para la creación de aplicaciones de recopilación de datos seguras, multilingües y de código.
<i>MediCapt</i> ¹⁰	Se usa para recopilar evidencias en imágenes (fotografías) para evidenciar la violencia sexual. Trata de reemplazar los documentos en papel y está pensada para ayudar al personal médico a recopilar la información necesaria y detectar inconsistencias en el informe.
<i>Eyewitness</i> ¹¹	Creada en 2014 para la recolección y almacenamiento seguro de imágenes a través de la recopilación de metadatos cruciales. Si las imágenes se capturan directamente con la aplicación, el archivo se considera verificado.
<i>Casebox</i> ¹²	Herramienta para la gestión de datos y organización de la información. Ayuda a almacenar los archivos y la información de los contactos de forma organizada y fácil.

¹ <http://thewhistle.org/>.

² <https://www.witness.org/the-future-of-human-rights-technology/>.

³ <https://www.ushahidi.com/>.

⁴ <http://fotoforensics.com/>.

⁵ <https://citizenevidence.amnestyusa.org/>.

⁶ <http://www.vdc-sy.info/index.php/en/martyrs>.

⁷ <https://openevsys.org>.

⁸ <https://www.martus.org/>.

⁹ <https://sag.benetech.org>.

¹⁰ <https://phr.org/issues/sexual-violence/medicapt-innovation-2>.

¹¹ <https://www.eyewitness.global/our-work.html>.

¹² <https://www.casebox.org/>.

Así pues, tal y como hemos visto, las contribuciones de las nuevas tecnologías a la promoción y defensa de los derechos humanos pueden traducirse en: *software* que ayuda a la sistematización de información sobre abusos contra los derechos humanos; plataformas que facilitan el testimonio ciudadano en contextos de conflicto a través de imágenes, textos, audios y otras herramientas digitales; la retransmisión de vídeo en vivo desde cualquier parte del mundo para incrustarlas en las plataformas de redes sociales; y su archivo inmediato en la nube. Jay Aronson defiende el potencial del empleo de estos materiales obtenidos a través del testimonio ciudadano, ya que pueden constituir pruebas de graves violaciones y atrocidades que generalmente se amparan en el secretismo y el silencio para producirse⁷³.

⁷³ ARONSON, J., «The Utility of User-Generated Content in Human Rights Investigations», en LAND, M. K. y ARONSON, J. D., *op.cit.*, nota 13, p. 130.

Estas aplicaciones no se limitan, sin embargo, a su aplicación en contextos de violencia o conflicto, sino que pueden aplicarse a la protección y salvaguarda de derechos fundamentales como el derecho a la salud⁷⁴, o los derechos sexuales de las personas con discapacidad que, a pesar de estar en la agenda de la ONU desde hace veinticinco años, ningún Estado ha tomado medidas para su realización⁷⁵.

Existen otro tipo de tecnologías, como el *blockchain* que permiten establecer cadenas de validación y encriptación de los datos para, por ejemplo, rastrear las cadenas de valor de productos como los «diamantes de sangre» en África⁷⁶, o la información relativa a los defensores y defensoras de derechos humanos para contribuir a su seguridad y protección.

b) *Herramientas de protección de defensores y activistas de derechos humanos*

La inseguridad de los defensores y defensoras de derechos humanos se ha convertido en uno de los mayores problemas y amenazas. Numerosos defensores de los derechos humanos pagan cada año el precio más alto por su labor. *Front Line Defenders* documentó 299 defensores/as asesinados o muertos en detención en 2016, y 304 en 2019⁷⁷. Ante esta situación, también las nuevas tecnologías pueden contribuir a su protección y seguridad. Del análisis realizado de las distintas aplicaciones vemos que estas se centran en la emisión de alertas ante amenazas incipientes y a proteger la información de los y las activistas, para evitar que el uso de estas herramientas se convierta en un arma de doble filo para ellos/as.

Este listado de aplicaciones evidencia que, como afirma Ella McPherson, el empleo de las nuevas tecnologías está ampliando el abanico de posibilidades para la protección de los derechos humanos, a través de la protección de los defensores y activistas, para prevenir violaciones en las interacciones entre policías y civiles, y en sistemas de alerta temprana basados en datos y prevención de conflictos basada en la comunicación⁷⁸. La existencia de estas aplicaciones y recursos evidencia que los activistas de derechos humanos son conscientes de que la inseguridad digital que pueden acarrear en ocasiones las nuevas tecnologías también puede emplearse para la protección de su salud física.

⁷⁴ FOSCH-VILLARONGA, E., *Robots, healthcare, and the law: Regulating automation in personal care*, Routledge, 2019.

⁷⁵ FOSCH-VILLARONGA, E. y ALBO-CANALS, J., «I'll take care of you», said the robot. Paladyn», *Journal of Behavioral Robotics*, vol. 10, 2019, núm. 1, pp. 77-93; FOSCH-VILLARONGA, E. y POULSEN, A., «Sex care robots: Exploring the potential use of sexual robot technologies for disabled and elder care», *Paladyn, Journal of Behavioral Robotics*, vol. 11, 2020, núm. 1, pp. 1-18.

⁷⁶ CHOW, C., «Blockchain for Good? Improving supply chain transparency and human rights management», *Governance Directions*, vol. 70, 2018, núm. 1, p. 39.

⁷⁷ FRONT LINE DEFENDERS, *Global Analysis 2019*, accesible en https://www.frontlinedefenders.org/sites/default/files/global_analysis_2019_web.pdf.

⁷⁸ MCPHERSON, E., *op. cit.*, nota 13, p. 28.

Tabla 2. Aplicaciones para la protección de defensores y defensoras de los derechos humanos

Nombre de la herramienta	Funcionalidad
<i>Panic Button</i> ¹	Esta herramienta se encuentra camuflada en la pantalla de los dispositivos móviles y requiere que los usuarios ingresen un número PIN antes de acceder a la aplicación. La alarma en sí se activa al presionar rápidamente el botón de encendido del teléfono. Esto supone que se envíe un SMS a tres contactos previamente elegidos por el usuario, alertándolos de la llamada de socorro.
<i>Tor</i> ²	La red <i>Tor</i> es un grupo de servidores operados por voluntarios que permite a las personas mejorar su privacidad y seguridad en internet. Esta herramienta también posibilita la elusión de censura, posibilitando a sus usuarios acceder a destinos o contenidos bloqueados. Las personas también usan <i>Tor</i> para la comunicación socialmente sensible: salas de chat y foros <i>web</i> para sobrevivientes de violación y abuso, o personas con enfermedades.
<i>Detekt</i> ³	Herramienta gratuita, desarrollada por personal investigador en el campo de la seguridad y que ha sido empleada para contribuir a las investigaciones de <i>Citizen Lab</i> sobre el uso del gobierno de <i>software</i> espía contra defensores de derechos humanos, periodistas y activistas, así como por entrenadores de seguridad para educar sobre la naturaleza de la vigilancia selectiva. Esta herramienta permite escanear los dispositivos (ordenadores) en busca de rastros de <i>software</i> espía de vigilancia, generalmente empleados por los gobiernos para atacar y monitorear a defensores de derechos humanos y periodistas de todo el mundo. Tener conocimiento de que están siendo vigilados permite a estos activistas tomar precauciones. Esta herramienta se lanzó al público gracias a una asociación de Amnistía Internacional con <i>Privacy International</i> , <i>Digitale Gesellschaft</i> y la <i>Electronic Frontier Foundation</i> .
<i>Security in a Box</i> ⁴	Creada por <i>Front Line Defenders</i> en 2005 en asociación con el <i>Tactical Technology Collective SiaB</i> , es una colección de guías y herramientas gratuitas y de código abierto que ayudan a los/as defensores y defensoras de derechos humanos a proteger su ordenador o teléfono, almacenar y compartir información confidencial de manera más segura o mantener la privacidad de internet y la comunicación telefónica. Está disponible en 17 idiomas.
<i>CopCast</i> ⁵	<i>Software</i> de código abierto desarrollada por el Instituto Igarapé en asociación con los africanos Foro de Policía y Supervisión Civil y con el apoyo de Google. Consiste en una aplicación de Android controlados por oficiales y una aplicación de tablero basada en la <i>web</i> para supervisores policiales. La aplicación rastrea y almacena las coordenadas de vídeo, audio y GPS de los agentes de policía mientras están patrullando.

Nombre de la herramienta	Funcionalidad
<i>Satellite sentinells</i> ⁶	Este proyecto se puso en marcha en 2010 para tratar de impedir una reescalada de la guerra civil en Sudán y disuadir y documentar las amenazas a los civiles a ambos lados de la frontera entre Norte y Sur. Utiliza las imágenes obtenidas por satélites para documentar a través de dichas imágenes atrocidades y abusos y generar respuestas rápidas sobre los derechos humanos y las preocupaciones de seguridad humana. El proyecto se basa en los satélites de <i>DigitalGlobe</i> que pasan sobre Sudán y Sudán del Sur y capturan imágenes de posibles amenazas a la población civil, detectan aldeas bombardeadas y arrasadas, u observan otras pruebas de violencia masiva pendiente. Los expertos de <i>DigitalGlobe</i> colaboran con <i>Enough Project</i> para analizar las imágenes obtenidas para producir informes. <i>The Enough Project</i> comunica estos resultados a la prensa y a los responsables políticos y hace sonar la alarma al notificar a las principales organizaciones de noticias y a una red móvil de activistas en Twitter y Facebook. Este proyecto se considera el primer esfuerzo para monitorear e informar sistemáticamente sobre posibles puntos críticos y amenazas a la seguridad humana en tiempo casi real ⁷ .
<i>Natalia Project</i> ⁸	Sistema de alarma basado en GPS, iniciado en 2013 para tratar de dar respuesta a la creciente necesidad de protección para los defensores de los derechos humanos a nivel mundial. Se trata de una herramienta simple con la capacidad de activar una alarma al instante, para ayudar a mitigar el daño y la desaparición de los defensores de los derechos humanos en todo el mundo. Una vez activado, se envía una señal de socorro que incluye la ubicación del GPS a las oficinas centrales de <i>Civil Rights Defenders</i> en Estocolmo.

¹ <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2014/05/new-panic-button-app-provides-safety-net-human-rights-activists/>.

² <https://2019.www.torproject.org/about/overview.html.en>.

³ <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2014/11/detekt-new-tool-against-government-surveillance-questions-and-answers/>.

⁴ <https://securityinabox.org/en/>.

⁵ <https://igarape.org.br/en/apps/smart-policing/>.

⁶ <http://www.satsentinel.org/>.

⁷ NATHANIEL, A. R. et al., «While We Watched: Assessing the Impact of the Satellite Sentinel Project», *Georgetown Journal of International Affairs*, 26 de julio de 2013, accesible en <http://journal.georgetown.edu/while-we-watchedassessing-the-impact-of-the-satellite-sentinel-project-by-nathaniel-a-raymond-et-al/>.

⁸ <https://crd.org/nataliaproject/>.

Pero ¿en qué medida estas herramientas pueden contribuir a la movilización social y promoción de los derechos humanos?

c) Movilización y sensibilización

Del mismo modo que las nuevas tecnologías se están empleando para documentar violaciones de derechos humanos y proteger a las personas que

trabajan por su defensa, estas herramientas contribuyen, sin duda, a incrementar la comunicación y el intercambio de información entre activistas, contribuyendo al refuerzo de sus redes y al surgimiento de nuevas alianzas. El potencial que ofrecen, sobre todo las redes sociales, puede ser empleado para la movilización social ante una circunstancia concreta como para forzar una respuesta rápida ante un evento concreto a través de los denominados *hashtags* o las campañas *online*. Para poder filtrar y verificar la información que se vuelca en las redes sociales se han desarrollado herramientas concretas para verificar estas informaciones y evitar difundir *fakes*⁷⁹. Un ejemplo de este tipo de herramientas es *TweetCred*, una aplicación desarrollada por un equipo de académicos del *Indraprastha Institute of Information Technology* y *Qatar Computing Research Institute* que trata de evaluar la credibilidad de los *tweets* de acuerdo con 45 criterios a través de un algoritmo de aprendizaje automático⁸⁰. Existen ejemplos claros de este uso de las redes sociales para la movilización social en pro de los derechos humanos, como el movimiento *#metoo* para denunciar las agresiones sexuales a las mujeres en el mundo del cine y la cultura; *#BringBackOurGirls* para solicitar la liberación de las 200 niñas de Chibok por parte de *Boko Haram*; o *#YaMeCansé* en el caso de los 43 desaparecidos en Ayochinapa.

Para potenciar esta movilización social, las herramientas para la visualización de los datos son un elemento muy importante, ya que facilitan que la información sea difundida y comprendida fácilmente⁸¹. Además, como apunta Ella McPherson, las redes sociales, a través de sus propias herramientas de seguimiento y métricas, permiten a las organizaciones comprobar cómo se están recibiendo sus campañas y qué mensajes están llegando mejor a sus usuarios⁸². Alfonso de Julios-Campuzano se hace eco del potencial que las nuevas tecnologías pueden desempeñar para una «conciencia cívica favorable a la universalización de los derechos humanos que cristaliza en acciones estratégicas de nuevos movimientos sociales y organizaciones no gubernamentales»⁸³.

Además de las redes sociales, existen aplicaciones específicas para ayudar a las organizaciones a fomentar la movilización social e incluso la recepción de fondos para campañas concretas, como *Aicandle* y *Pocket protest* de Amnistía Internacional. *Aicandle*⁸⁴ permite a las personas acceder fácilmente a noticias de última hora sobre los derechos humanos y apoyar campañas de

⁷⁹ BENETECH, ENGINE ROOM y AMNISTÍA INTERNACIONAL, *op. cit.*, nota 67, p. 34.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 34; MCPHERSON, E., *op. cit.*, nota 13, p. 24.

⁸¹ EMERSON, J., SATTERTHWAITE, M. L. y PANDEY, A. V., «The Challenging Power of Data Visualization for Human Rights Advocacy», en LAND, M. K. y ARONSON, J. D., *op. cit.*, nota 13, p. 184.

⁸² MCPHERSON, E., «Digital Human Rights Fact-Finding and Advocacy», en LAND, M. K. y ARONSON, J. D. (eds.), *op. cit.*, nota 13, p. 198.

⁸³ DE JULIOS-CAMPUZANO, A., «La ética global de los derechos humanos: Una aproximación prospectiva al impacto de las nuevas tecnologías», *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, vol. 3, 2012, núm. 2, p. 134.

⁸⁴ <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2011/04/amnesty-international-launches-iphone-app-human-rights/>.

Amnistía Internacional. *Pocket protest* es una campaña de movilización rápida a través de SMS para conseguir apoyo rápido a situaciones urgentes⁸⁵.

Por último, las nuevas tecnologías pueden contribuir al conocimiento de las personas sobre los derechos humanos, creando nuevos canales y aplicaciones, incluidas *webs* específicas, aplicaciones móviles y juegos para sensibilizar sobre los derechos y los mecanismos para protegerlos y defenderlos. Ejemplos concretos de estas utilidades los encontramos en recursos como *SDG - Human Rights Data Explorer*, una base de datos de búsqueda que vincula la información de monitoreo del sistema internacional de derechos humanos con los ODS. Permite a los usuarios explorar las recomendaciones y observaciones de los organismos internacionales de vigilancia de los derechos humanos, en relación con la implementación de los ODS y sus 169 objetivos en países específicos⁸⁶.

3.3. Capacidad predictiva de las nuevas tecnologías: contribuciones de la inteligencia artificial a la protección de los derechos humanos

Además de lo expuesto, las nuevas tecnologías en determinadas circunstancias pueden llegar a «predecir» violaciones o situaciones de abuso y conflicto futuras. El ejemplo más claro de este tipo de aplicaciones tecnológicas es el proyecto de Amnistía Internacional y *DataKind* para utilizar la información recogida durante décadas de alertas de acción urgente cuidadosamente rastreadas por Amnistía Internacional para predecir futuras violaciones de los derechos humanos. Este proyecto trataba de crear un modelo predictivo inicial para identificar amenazas de derechos humanos en riesgo de escalar a casos graves como ejecuciones a través de la identificación de palabras clave. A pesar de la cantidad de información recogida durante treinta años, la inconsistencia de los datos y la calidad de la misma no permitió finalizar el proyecto, pero los expertos de *DataKind* emitieron una serie de recomendaciones para subsanar estas deficiencias y poder intentarlo en el futuro⁸⁷.

Como señala Galit Safarti, esta capacidad de predicción puede utilizarse también para el caso de la trata de seres humanos, como muestra el ejemplo del proyecto *Polaris*, que aprovecha el análisis de datos para identificar patrones en el tráfico de personas⁸⁸. Al agregar datos sobre solicitudes de información sobre recursos y ayudas para las víctimas de trata, este proyecto trataba de rastrear dónde se produce esta actividad y los nodos en distintas redes para aumentar las medidas preventivas en áreas específicas⁸⁹.

⁸⁵ <http://www.amnesty.org.uk/what-pocket-protest#.VM1g9MaLMQQ>.

⁸⁶ <https://www.humanrights.dk/sdg-human-rights-data-explorer>.

⁸⁷ SARFATY, G. A., «Can big data revolutionize international human rights law», *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 39, 2017, pp. 73-101, esp. p. 86.

⁸⁸ <https://www.hbs.edu/openforum/openforum.hbs.org/goto/challenge/understand-digital-transformation-of-business/the-polaris-project-using-data-to-fight-human-trafficking.1.html>.

⁸⁹ SARFATY, G. A., *op. cit.*, nota 107, p. 85.

Otro ejemplo lo constituye la construcción que está haciendo la Universidad de *Dartmouth*, en colaboración con el Museo del Holocausto, de una base de datos de las atrocidades y situaciones de abuso producidas desde la Segunda Guerra Mundial para tratar de predecir situaciones futuras⁹⁰.

Uno de los casos más polémicos es el trabajo desarrollado por Nikolaos Aletras y sus compañeros, todos ellos tecnólogos, en el que afirmaron que es posible predecir decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con un alto porcentaje de exactitud bastante elevado (alrededor del 70 por 100), a través del análisis de una base de datos de sentencias previas. Este artículo supone la primera vez que estas técnicas se usan para el análisis de la jurisprudencia del órgano europeo, a pesar de que ya existían algunos trabajos previos sobre el contexto norteamericano, y a pesar de la importante contribución al potencial de estas herramientas, señala algunas de las principales limitaciones de estas herramientas que serán abordadas en epígrafes sucesivos⁹¹. Esta línea ha sido después seguida por otros autores como Mas-ha Medvedeva, Michel Vols y Martijn Wieling, con aproximaciones similares aunque variando, por ejemplo, las partes de las sentencias que tomaban para hacer las predicciones⁹².

Otro potencial ámbito de aplicación de estas herramientas está siendo explorado por el Instituto Danés en base a una gran base de datos de información basada en los Exámenes Periódicos Universales (EPU) de derechos humanos. Este proyecto se encuentra todavía en fase de desarrollo y está encontrando algunas dificultades, ya que, por ejemplo, resultó necesario clasificar manualmente informes y recomendaciones.

4. RETOS Y LIMITACIONES DEL EMPLEO DE NUEVAS TECNOLOGÍAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS

El objeto de este trabajo no es realizar un estudio exhaustivo de los riesgos y limitaciones de las nuevas tecnologías en el campo de los derechos humanos, ya que, como hemos mencionado, esta ha sido la aproximación tradicional por parte de la disciplina. Sin embargo, no podemos ignorar que, a pesar de su potencialidad, su uso no está exento de riesgos. Por eso, para concluir este trabajo analizamos los principales retos y limitaciones de estas herramientas desde un punto de vista de su aplicabilidad, y no tanto desde el debate sobre el impacto de la tecnología en los derechos fundamentales.

⁹⁰ <https://earlywarningproject.ushmm.org/about>.

⁹¹ ALETRAS, N., TSARAPATSANIS, D., PREOȚIUC-PIETRO, D. y LAMPOS, V., «Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: A natural language processing perspective», *PeerJ Computer Science*, vol. 2, 2016, pp. 1-19.

⁹² MEDVEDEVA, M., VOLS, M. y WIELING, M., «Using machine learning to predict decisions of the European Court of Human Rights», *Artificial Intelligence and Law*, vol. 28, 2020, pp. 237-266.

4.1. Amenaza a la privacidad y a la protección de datos

Resulta evidente que, desde el surgimiento de estas tecnologías, el derecho a la privacidad ha estado en el centro de las preocupaciones de la comunidad de los derechos humanos. Existen numerosos trabajos que han abordado esta cuestión y detallan los riesgos que entrañan este tipo de aplicaciones para la salvaguarda del derecho de la privacidad⁹³. Uno de los inconvenientes principales para su solución, sin embargo, es que la legislación sobre privacidad es «tecnológicamente-neutral», lo que significa que muchos de sus principios son vagos y difíciles de implementar técnicamente. Por ejemplo, dicha legislación no puede ser codificada en la tecnología fácilmente, tal y como el principio de «privacidad desde el diseño» promueve⁹⁴; y tampoco el derecho al olvido es fácil de asegurar en un entorno de aprendizaje automático, ya que eliminar datos pondría en peligro la consistencia de la base de datos y su posterior proceso de aprendizaje⁹⁵.

Esta preocupación se ha plasmado también en las distintas resoluciones de la Asamblea General analizadas en el apartado segundo de este trabajo. No es casual, por tanto, que el único instrumento legal adoptado jurídicamente vinculante para varios Estados sea el GDPR⁹⁶. Ante esta falta de una normativa global vinculante y el creciente empleo de estas herramientas tecnológicas, son varias las organizaciones internacionales que han optado por adoptar sus propias políticas de protección de datos⁹⁷. En opinión de autores como Mark Latonero, las nuevas aplicaciones tecnológicas no requieren necesariamente principios completamente nuevos de alto nivel para su aplicación⁹⁸. Entien-

⁹³ TAYLOR, L., FLORIDI, L. y VAN DER SLOOT, B. (eds.), *Group privacy: New challenges of data technologies*, vol. 126, Springer, 2016; FRIEDEWALD, M., WRIGHT, D., GUTWIRTH, S. y MORDINI, E., «Privacy, data protection and emerging sciences and technologies: towards a common framework. Innovation», *The European Journal of Social Science Research*, vol. 23, 2010, núm. 1, pp. 61-67; MILANOVIC, M., «Human rights treaties and foreign surveillance: Privacy in the digital age», *Harvard International Law Journal*, vol. 56, 2015, núm. 1, pp. 81-146.

⁹⁴ KOOPS, B. J. y LEENES, R., «Privacy regulation cannot be hardcoded. A critical comment on the “privacy by design” provision in data-protection law», *International Review of Law, Computers y Technology*, vol. 28, 2014, núm. 2, pp. 159-171.

⁹⁵ FOSCH-VILLARONGA, E., KIESEBERG, P. y LI, T., «Humans forget, machines remember: Artificial intelligence and the right to be forgotten», *Computer Law & Security Review*, vol. 34, 2018, núm. 2, pp. 304-313.

⁹⁶ No queremos decir con esto que no haya otros instrumentos jurídicamente vinculantes en el ámbito de la privacidad, sino que el GDPR es el único global para un conjunto de Estados. En Estados Unidos, no tiene por el momento un conjunto unificado de leyes de privacidad de datos. La Ley de Privacidad del Consumidor de California (CPA) que ha entrado en vigor en 2020 se inspira en este reglamento. Quizá el caso más relevante serían Las Reglas de Privacidad Transfronterizas (CBPR) se establecieron para proporcionar una base para las leyes de privacidad dentro de cada uno de los países miembros de APEC (Asia Pacífico y Caribe).

⁹⁷ KUNER, C., «The GDPR and International Organizations», *AJIL Unbound*, vol. 114, 2020, p.15: Este autor menciona explícitamente la Organización Internacional para las Migraciones, el Comité Internacional de la Cruz Roja, el Alto Comisionado para los Derechos Humanos, la INTERPOL, o el Programa Mundial de Alimentos entre otros.

⁹⁸ LATONERO, M., «Big Data Analytics and Human Rights: Privacy Considerations in Context», en LAND, M. K. y ARONSON, J. D. (eds.), *op. cit.*, nota 13, p. 159.

de este autor que los principios de seguridad, privacidad y confidencialidad descritos en el Manual de Capacitación de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), por ejemplo, podrían ser suficientes. Al mismo tiempo, opina, los nuevos desafíos tecnológicos necesitan nuevas soluciones. Por ejemplo, las políticas de confidencialidad no pueden lograrse simplemente a través de técnicas de anonimato, ya que actualmente en este tipo de datos es difícil que un conjunto de datos sea totalmente anónimo⁹⁹. Para autores como Javier Bustamante, la interacción de las nuevas tecnologías con los derechos y libertades da lugar a una cuarta generación de derechos humanos, que se centra en la protección de los derechos del individuo y que hacen que la universalización del acceso a la tecnología, la libertad de expresión en la red y la libre distribución de la información adquieran un papel fundamental¹⁰⁰.

Además de la privacidad y otros riesgos asociados, como la posibilidad de la geolocalización de los defensores y defensoras de los derechos humanos a través del empleo de sus dispositivos móviles para su persecución y ataque, existen riesgos específicos derivados del uso de las nuevas tecnologías. Así, por ejemplo, estas tecnologías pueden generar desigualdades no solo en el acceso de defensores y activistas de derechos humanos pertenecientes a grupos vulnerables (mujeres, niños y niñas, personas con discapacidad, personas de edad avanzada o migrantes, entre otras), sino también en los conjuntos de datos e informaciones que alimentan el sistema. Además, en el caso de algunos de estos colectivos, estas herramientas pueden emplearse, como apunta Alfonso de Julios, para vulnerar directamente sus derechos o la violencia estructural¹⁰¹, por ejemplo, en el caso de la violencia contra las mujeres, o la explotación sexual y el acoso a menores a través de estas¹⁰².

Finalmente, otro de los riesgos identificados en el uso de las nuevas tecnologías por parte de los activistas de derechos humanos es la falta de capacitación¹⁰³. Las organizaciones de derechos humanos suelen enfrentarse a dificultades financieras que les impiden contratar personal especializado en la gestión de estas herramientas, y el personal de estas organizaciones suele disponer de poco tiempo para formarse en estas cuestiones. A esto hay que añadir la dificultad de entendimiento entre las distintas disciplinas, que hace que sea complicado para los activistas de derechos humanos entender sus utilidades y, consecuentemente, dificultan su uso adecuado¹⁰⁴. Se hace ne-

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ BUSTAMANTE DONAS, J., «Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica», *CTS+ I: Revista iberoamericana de Ciencia, Tecnología, Sociedad e Innovación*, vol. 1, 2001, núm. 3, pp. 1-24.

¹⁰¹ DE JULIOS-CAMPUZANO, A., *op. cit.*, nota 103, p. 135.

¹⁰² *Informe de la Sra. Margaret Sekaggya, Relatora Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos*, A/HRC/16/44, 20 de diciembre de 2010, párr. 23.

¹⁰³ MCPHERSON, E., *op. cit.*, nota 13, p. 6.

¹⁰⁴ Un ejemplo de esta dificultad que recoge Ella McPherson (MCPHERSON, E., *op. cit.*, nota 13, p. 6), es el experimento «Por qué Johnn no puede encriptar» de la Universidad de Berkeley; WHITTEN, A.

cesaria, por tanto, una mayor colaboración interdisciplinaria para cubrir esta laguna de las organizaciones y activistas de derechos humanos.

4.2. Sesgos culturales y de género de la tecnología

Uno de los principales riesgos para que el empleo de las nuevas tecnologías resulte beneficioso para la protección de los derechos humanos es la calidad de los datos que alimentan el aprendizaje de estos sistemas. En el contexto, por ejemplo, de los sistemas de aprendizaje automático, los «valores atípicos» pueden ser los grupos minoritarios en los datos, y esto puede hacer que el «aprendizaje» de los sistemas no sea el adecuado. Estas pueden ser personas de diferentes grupos étnicos o un género poco representado, o personas que presentan características diferentes. Pero los sesgos de los datos pueden no deberse únicamente a que no tengan información sobre determinados grupos o patrones, sino también a los prejuicios de las personas que recopilan esos datos, o las fuentes de los mismos. Una clara representación de este problema es el experimento realizado por *Microsoft* en 2016, con el *bot* adolescente *Tay*, que debía aprender de las informaciones recogidas en Twitter. *Microsoft* tuvo que suspender el experimento en pocas horas porque el *bot* manifestaba un discurso racista, homófobo y machista¹⁰⁵. Otra experiencia que ilustra este problema es el caso de una investigación de la Universidad de Berkeley sobre cómo un sistema de inteligencia artificial favoreció a pacientes de raza blanca¹⁰⁶. En otras ocasiones se ha demostrado cómo las herramientas de moderación de contenido *online* podrían discriminar la comunidad LGBT por no integrar el «contexto» dentro de los datos para el aprendizaje¹⁰⁷. El problema que esta deficiencia de los datos puede acarrear para la protección de los derechos humanos es claro en los sistemas de reconocimiento facial, por ejemplo, en el caso de las mujeres, las personas de color o las personas transexuales¹⁰⁸.

y TYGAR, J. D., «Why Johnny Can't Encrypt: A Usability Evaluation of PGP 5.0», *USENIX Security Symposium*, vol. 348, 1999, pp. 169-184. Una versión actualizada de este experimento se describe en SHENG, S., BRODERICK, L., KORANDA, C. A. y HYLAND, J. J., «Why Johnny still can't encrypt: evaluating the usability of email encryption software», *Symposium On Usable Privacy and Security*, ACM, 2006, pp. 3-4, y en HERZBERG, A., «Why Johnny can't surf (safely)? Attacks and defenses for web users», *Computers & Security*, vol. 28, 2009, pp. 63-71.

¹⁰⁵ MATHUR, V., STAVRAKAS, Y. y SINGH, S., «Intelligence analysis of Tay Twitter bot», *2nd International Conference on Contemporary Computing and Informatics (IC3I)*, IEEE, 2016, pp. 231-236.

¹⁰⁶ OBERMEYER, Z., POWERS, B., VOGELI, C. y MULLAINATHAN, S., «Dissecting racial bias in an algorithm used to manage the health of populations», *Science*, vol. 366, Issue 6464, pp. 447-453.

¹⁰⁷ POULSEN, A., FOSCH-VILLARONGA, E. y SØRAA, R. A., «Queering machines», *Nature Machine Intelligence*, vol. 2, 2020, Issue 3, pp. 152-152.

¹⁰⁸ LEAVY, S., «Gender bias in artificial intelligence: The need for diversity and gender theory in machine learning», *Proceedings of the 1st international workshop on gender equality in software engineering*, 2018, pp. 14-16; BUOLAMWINI, J. y GEBRU, T., «Gender shades: Intersectional accuracy disparities in commercial gender classification», *Conference on fairness, accountability and transparency*, 2018, pp. 77-91.

5. CONCLUSIONES

A lo largo de estas páginas hemos podido comprobar cómo desde que el progreso tecnológico se introdujo en la agenda internacional, desde el ámbito de los derechos humanos se ha percibido este progreso como una amenaza, a diferencia de otros sectores, como el del desarrollo, en el que, a pesar de los eventuales riesgos, se valoraba muy positivamente el potencial aporte de estas herramientas. Este recelo ha resultado en una incorporación tardía desde el ámbito del Derecho de los derechos humanos a la colaboración con el sector tecnológico. Sin embargo, estas herramientas ofrecen numerosas posibilidades para la protección y promoción de los derechos humanos, a través de distintas aplicaciones y sistemas. Estas pueden emplearse no solo para documentar y recoger información sobre los abusos que se producen, sino, también, incluso para llegar a predecirlos y proteger a las personas que luchan por su defensa.

En esta colaboración, Europa se ha convertido en un actor privilegiado, incorporando guías y directrices que ayuden a preservar los derechos fundamentales en la aplicación de los progresos tecnológicos. Esta senda marcada por la Unión Europea puede inspirar a otros actores para incorporar esta visión basada en los derechos humanos de la tecnología. Para que se siga avanzando en este camino y los defensores y defensoras de los derechos humanos puedan aprovechar al máximo el potencial de estos instrumentos, se hace necesaria la colaboración entre distintas disciplinas y sectores.

En esta colaboración, desde el campo del Derecho de los derechos humanos tenemos que estar vigilantes para que la aplicación de estas nuevas herramientas no dé lugar a nuevas desigualdades y abusos. Para ello, el mencionado acercamiento interdisciplinar resulta indispensable para poder asegurar que estas herramientas incorporan el respeto y la protección de los derechos humanos desde su diseño.

RESUMEN

NUEVAS TECNOLOGÍAS PARA LA PROMOCIÓN Y DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Las nuevas tecnologías como el *Big Data*, el aprendizaje automático o la inteligencia artificial han sido percibidas desde su introducción en la agenda internacional como una amenaza para los derechos humanos, especialmente para el derecho a la privacidad. Este posicionamiento defensivo frente a la utilización de estas herramientas ha supuesto que desde el Derecho internacional de los derechos humanos no se haya hecho uso de ellas para su promoción y defensa, o para la protección de las personas que trabajan en su defensa. Este trabajo pretende ofrecer una visión alternativa y presentar ejemplos concretos de la posible utilización de estas herramientas en beneficio de los derechos humanos y de sus defensores.

Palabras clave: derechos humanos, ciencia y tecnología, protección internacional, privacidad.

ABSTRACT**NEW TECHNOLOGIES FOR THE PROMOTION AND DEFENSE OF HUMAN RIGHTS**

Since new technologies like Big Data, machine learning or artificial intelligence were introduced in the international agenda, they have been perceived as a threat for human rights, especially the right to privacy. This defensive stance in front of the use of such tools has prevented the International Law of Human Rights to employ them for its promotion and defence or for the protection of people defending it. This work intends to offer an alternative vision and to present concrete examples of the potential use of such tools in favour of human rights and their defendants.

Keywords: human rights, science and technology, international protection, privacy.

LA LLAVE DEL «INTERÉS DE LA JUSTICIA» EN EL ESTATUTO DE ROMA: SU CONTROVERTIDO EMPLEO EN EL CASO DE AFGANISTÁN

Joana LOYO CABEZUDO*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA INTERPRETACIÓN DEL «INTERÉS DE LA JUSTICIA» REALIZADA POR LAS SALAS DE LA CORTE EN LA SITUACIÓN DE AFGANISTÁN.—3. LAS VÍCTIMAS EN EL ESTATUTO DE ROMA: EL RECONOCIMIENTO DE UNOS INTERESES QUE TRASCIENDEN A LA JUSTICIA PENAL.—4. LA GRAVEDAD DEL CRIMEN COMETIDO POR EL PRESUNTO RESPONSABLE Y LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS A LA JUSTICIA PENAL EN EL ART. 53 DEL ESTATUTO DE ROMA.—5. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

1. Desde que surgiera el Derecho Internacional Penal (DIP) se han esgrimido argumentos de lo más variados con la finalidad de justificar la inacción judicial ante la comisión de los crímenes más graves que afectan a la comunidad internacional. Sin embargo, tras la adopción, en 1998, del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ER), el deber de los Estados de ejercer su jurisdicción penal parecía comenzar a imponerse, al menos sobre el papel, ante la comisión de los crímenes de guerra, de genocidio o de lesa humanidad¹. Un trascendental acontecimiento en la evolución del DIP y en la protección de los derechos de las víctimas que impedía o, al menos, dificultaba la alegación de infundadas justificaciones como pretexto para no enjuiciar a los responsables. Y es que, tras la entrada en vigor del citado instrumento, en el año 2002, contamos con una Corte Penal Internacional (CPI o Corte) con la capacidad de actuar cuando los Estados no quieran o no puedan investigar, enjuiciar y sancionar a los responsables de haber cometido los crímenes internacionales sobre los que ejerce su jurisdicción².

* Doctora en Derecho Internacional Público por la Universidad del País Vasco (UPV/EHU) (*joana.loyo@ehu.eus*).

¹ Lectura conjunta del apartado sexto del Preámbulo y los arts. 1 y 5 del ER (A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998).

² Art. 17 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998 (BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2002).

2. No obstante, el ER contiene un precepto legal que podría permitir a la Corte no iniciar los correspondientes procesos penales, a pesar de la gravedad de los crímenes cometidos e, incluso, cuando los Estados permanezcan inactivos o no tengan ni la voluntad ni la capacidad para depurar las responsabilidades penales: nos referimos, efectivamente, al empleo del impreciso «interés de la justicia» previsto en el art. 53 ER³. En virtud de dicho artículo, el fiscal debe decidir si inicia o no una investigación o un enjuiciamiento. Para ello, a la hora llevar a cabo esta evaluación en el estadio previo a la investigación debe examinar si «existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia»⁴. Por el contrario, tras la investigación, los aspectos que le pueden llevar a considerar que «no hay fundamento suficiente para el enjuiciamiento» son, entre otros, que «el enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia, teniendo en cuenta todas las circunstancias, entre ellas la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas y la edad o enfermedad del presunto autor y su participación en el presunto crimen»⁵.

3. A primera vista cabe apreciar que estos elementos, si bien no forman parte de una enumeración taxativa⁶, parecen hallarse relacionados con aspectos típicos de todo proceso penal. Sin embargo, más allá de estas esquetas referencias, el ER no prevé qué debe entenderse por el «interés de la justicia»⁷, y debido a que en los primeros años de funcionamiento de la Corte este precepto había pasado inadvertido, tampoco tuvimos la ocasión de valorar su posible aplicación práctica⁸ hasta que, finalmente, fue alegado en la situación de Afganistán⁹.

³ El significado del concepto no se precisó durante el proceso de adopción del ER (HUMAN RIGHTS WATCH, «The Meaning of “the interest of Justice” in Article 53 of the Rome Statute», 1 de junio de 2005, p. 2). Para profundizar en los debates que se generaron en el proceso de elaboración del ER véase VAKI, M., «Revisiting the “Interests of Justice” Policy Paper», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 15, 2017, pp. 455-470, esp. p. 458.

⁴ Art. 53.1.c) ER.

⁵ Art. 53.2.c) ER. La enumeración de factores que se realiza en este apartado es mayor ya que nos hallamos en una etapa procesal en la que se han individualizado a los presuntos responsables y, en consecuencia, se pueden valorar los aspectos relacionados con sus circunstancias particulares [BERGSMO, M. y BEKOU, O., «Article 53», en AMBOS, K. y TRIFFTERER, O. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Múnich-Oxford-Baden-Baden, C. H. Beck-Hart-Nomos, 2016, pp. 1373-1375].

⁶ ICC-OTP, *Policy Paper on the Interest of Justice*, septiembre de 2007, p. 1.

⁷ Pese a la discrecionalidad que rodea al concepto, ello no implica que su evaluación pueda ser arbitraria y sin control alguno (ORIHUELA CALATAYUD, E., «La autorización para investigar los crímenes cometidos en Afganistán. Luces y sombras de la Sentencia, de 5 de marzo de 2020, de la Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2020, núm. 39, p. 9).

⁸ Durante los primeros años de actividad de la CPI, ni el fiscal ni las Salas procedieron a analizar la aplicación del interés de la justicia en los casos concretos, sino que se limitaron a expresarse en términos genéricos indicando que «no existen razones sustanciales para creer que una investigación no redundaría en interés de la justicia», un hecho que ha contribuido a aumentar las especulaciones en torno a la interpretación de este precepto. Para comprobar estos extremos puede acudirse a los siguientes documentos: en el caso de Georgia véase: *The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary*

(Véase nota 9 en página siguiente)

4. Con la finalidad de contextualizar el caso conviene precisar que, el 30 de octubre de 2017, la Oficina de la Fiscalía (OTP) anunció que iba a solicitar la pertinente autorización para iniciar una investigación relacionada con los hechos ocurridos en el Estado afgano¹⁰ ya que, a lo largo del examen preliminar, no había apreciado razones sustanciales para creer que una investigación no redundaría en interés de la justicia¹¹. Por ello, en el escrito en el que solicitaba autorización para proceder con la investigación, tras referirse, entre otros, a la gravedad de los crímenes cometidos, al largo periodo temporal durante el que se habían perpetrado y a la escasa posibilidad de que se iniciaran procesos a escala interna, concluía que «*all weigh heavily in favour of an investigation*»¹². Asimismo, procedió a realizar un exhaustivo análisis de los intereses de las víctimas en el que concluía que estas habían mostrado su apoyo al inicio de las investigaciones y enjuiciamientos¹³.

5. Sin embargo, el 12 de abril de 2019, la Sala de Cuestiones Preliminares II (SCP II) adoptaba una decisión en la que, contra todo pronóstico —y

Examination Activities 2015, 12 de noviembre de 2015, p. 59, y *Pre-Trial Chamber I. Situation in Georgia: Decision on the Prosecutor's request for authorization of an investigation*. ICC-01/15-12, 27 de enero de 2016, pp. 23-24; para analizar el caso de Burundi acúdase a: *Pre-Trial Chamber III: Situation in Burundi. Public redacted version of «Request for authorization of an investigation pursuant to article 15»*, 6 de septiembre de 2017, ICC-01/17-5-US-Exp. ICC-01/17-5-Red, 15 de noviembre de 2017, pp. 84-85; *Pre-Trial Chamber III: Situation in the Republic of Burundi. Public Redacted Version of «Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Burundi»*, ICC-01/17-X-9-US-Exp, 25 de octubre de 2017. ICC-01/17-9-Red, 9 de noviembre de 2017, pp. 91-92; por lo que respecta a Mali consúltese: *The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2013*, noviembre de 2013, p. 52; en el caso de Kenia acúdase a: *Pre-Trial Chamber II. Situation in the Republic of Kenya. Request for authorization of an investigation pursuant to Article 15*. ICC-01/09-3, 26 de noviembre de 2009, p. 22, punto 61; *Pre-Trial Chamber II. Situation in the Republic of Kenya. Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya*. ICC-01/09-19-Corr, 31 de marzo de 2010, pp. 27-28, punto 63; en el caso de Uganda puede consultarse: *Situation in Uganda in the Case of The Prosecutor V. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo, Dominic Ongwen. Prosecution's Observations regarding the Admissibility of the Case against Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo and Dominic Ongwen*. ICC-02/04-01/05-352-AnxD, 18 de noviembre de 2008; si se desea profundizar en el ejemplo que nos proporciona el caso de Costa de Marfil acúdase a: *Situation in the Republic of Côte d'Ivoire. Request for authorization of an investigation pursuant to article 15*. ICC-02/11-3, 23 de junio de 2011, pp. 21-22; *Situation in the Republic of Côte d'Ivoire. Corrigendum to «Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d'Ivoire»*. ICC-02/11-14-Corr, 15 de noviembre de 2011, p. 84; en los casos de la República Centroafricana I y II véase: ICC-OTP, *Situation in the Central African Republic, The Hague*, 22 de mayo de 2007, ICC-OTP-BN-20070522-220-A_EN; *The Office of the Prosecutor. Report on Preliminary Examination Activities 2014*, 2 de diciembre de 2014, p. 50; ICC-CPI, *Situation in the Central African Republic II: Article 53(1) Report*, 24 de septiembre de 2014, puntos 265-266; finalmente, en el caso de Libia acúdase a: *First report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN security Council pursuant to UNSCR 1970* (2011), 4 de mayo de 2011, punto 21.

⁹ El Estado se hallaba bajo examen preliminar desde el año 2006 (*Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. Public redacted version of «Request for authorization of an investigation pursuant to article 15»*, 20 de noviembre de 2017, ICC-02/17-7-Conf-Exp, punto 22).

¹⁰ *Ibid.* El documento se hizo público el 20 de noviembre de ese mismo año.

¹¹ OTP, *Report on Preliminary Examination Activities 2016*, 14 noviembre de 2016, p. 50; OTP, *Report on Preliminary Examination Activities 2017*, 4 de diciembre de 2017, p. 60.

¹² ICC-02/17-7-Conf-Exp, *op. cit.*, nota 9, punto 364.

¹³ *Ibid.*, punto 365.

tras corroborar que se cumplían los requisitos de jurisdicción, complementariedad y gravedad—, rechazaba la autorización en base al «interés de la justicia»¹⁴. Los elementos que se tomaron en consideración se distanciaban de los criterios esgrimidos por la Fiscalía y, por ello, y con el objetivo de justificar este radical cambio interpretativo¹⁵, la SCP II recordó que el texto del ER no especificaba qué debía de entenderse por tal. Con este planteamiento en mente, acudió a los objetivos previstos en el Estatuto para esclarecer su significado¹⁶ y enumeró las tres finalidades que, consideró, debía perseguir el ER: el efectivo enjuiciamiento de los crímenes, su prevención y la erradicación de la impunidad¹⁷. Así, estos objetivos le llevaron a argumentar que una investigación solo redundaría en interés de la justicia si esta pudiera desarrollarse de manera efectiva y que diera lugar a los oportunos enjuiciamientos en un tiempo, además, razonable¹⁸. En consecuencia, concluyó que si una investigación estuviera condenada al fracaso, esta no redundaría en interés de la justicia¹⁹.

6. A nuestro juicio, las conclusiones alcanzadas por la SCP II parten de dos incorrecciones fundamentales: en primer lugar, es cierto que uno de los objetivos fundamentales de la CPI consiste en poner fin a la impunidad con la que se cometen los crímenes internacionales²⁰ pero, para lograr esta finalidad, no es suficiente con investigar, enjuiciar y sancionar los crímenes internacionales, sino que deben tenerse en cuenta también los derechos de las víctimas a la verdad y a la reparación con el propósito de garantizar la no repetición de las atrocidades²¹. Y, en segundo lugar, la SCP II no otorgó valor alguno a los principales criterios previstos en el Estatuto a la hora de interpretar el concepto, es decir, la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas.

¹⁴ *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. Decision pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the authorisation of an investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17-33, 12 de abril de 2019.

¹⁵ La Decisión de la Sala ha sido definida como «ultra vires», ORIHUELA CALATAYUD, E., «When are there substantial reasons to believe that an investigation of core crimes would not serve the interests of justice?», *Spanish Yearbook of International Law*, vol. 23, 2019, pp. 9-30, esp. p. 26. Véase también: POLTRONIERI ROSSETTI, L., «The Pre-Trial Chamber's Afghanistan Decision A Step Too Far in the Judicial Review of Prosecutorial Discretion?», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 17, Issue 3, 2019, pp. 585-608.

¹⁶ ICC-02/17-33, *op. cit.*, nota 14, punto 89.

¹⁷ *Ibid.*, punto 89.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ En el año 2016, la OTP publicó un documento de política general sobre la estrategia de selección de casos y de priorización en el que también mencionaba la realización de investigaciones efectivas (e, incluso, se valoraba la cooperación del Estado) como criterio a tomar en consideración a la hora de seleccionar los casos a investigar (OTP, *Policy paper on case selection and prioritization*, 15 de septiembre de 2016, puntos 50-55).

²⁰ Preámbulo del ER. Los objetivos que subyacen en el ER ya habían sido analizados previamente por la OTP para esclarecer el concepto del interés de la justicia. Por ejemplo, en el año 2007 se insistía en la prevención de los crímenes y en la necesidad de garantizar la justicia internacional (ICC-OTP, *op. cit.*, nota 6).

²¹ Léase la definición de impunidad que se proporciona en el Principio I. Obligaciones generales de los Estados de adoptar medidas eficaces para luchar contra la impunidad del Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, de 8 de febrero de 2005.

7. A pesar de que la Sala de Apelaciones (SA) enmendó la polémica Decisión²², esta no se pronunció, tal y como comprobaremos, sobre la concreta interpretación que se le debería de otorgar a la noción del «interés de la justicia». Por esta razón, en el presente trabajo trataremos de concretar su significado atendiendo a los dos puntos claves arriba enumerados. Así, tras analizar la Decisión de la SCP II y los pronunciamientos de la SA en la situación de Afganistán, nos centraremos en la posible interpretación del precepto atendiendo a los polifacéticos «intereses de las víctimas» y tomando en consideración la «gravedad de los crímenes cometidos» por los presuntos responsables.

2. LA INTERPRETACIÓN DEL «INTERÉS DE LA JUSTICIA» REALIZADA POR LAS SALAS DE LA CORTE EN LA SITUACIÓN DE AFGANISTÁN

8. Si atendemos a las múltiples ocasiones en las que se menciona el concepto del interés de la justicia en la normativa que regula el funcionamiento de la CPI²³, podríamos llegar a deducir que el «interés de la justicia» se halla vinculado con aquellos factores que se consideran propios de una correcta administración de justicia²⁴ (una interpretación que, además, seguiría la línea marcada por un conjunto de instrumentos internacionales que también recogen esta noción)²⁵. No obstante, reducir la correcta administración de

²² *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, Judgement on the appeal against the decision on the authorization of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17-138, 5 de marzo de 2020.

²³ A pesar de que el «interés de la justicia» se suele relacionar exclusivamente con el art. 53ER, este no es el único precepto que alude a este término. En efecto, en el propio texto del Estatuto podemos encontrar referencias al «interés de la justicia» en el art. 55 que regula los «derechos de las personas durante la investigación», el art. 61 relativo a la «confirmación de cargos antes del juicio», el art. 65 sobre el «procedimiento en caso de declaración de culpabilidad» y, finalmente, el art. 67 que versa sobre los «derechos del acusado». Como cabe apreciar, el contexto en el que se menciona el «interés de la justicia» se halla relacionado con aspectos de orden procesal penal. Precisamente, a propósito del proceso penal, en las Reglas de procedimiento y prueba de la CPI encontramos otras cuatro menciones a este concepto y, de nuevo, ligadas única y exclusivamente al proceso (véanse Regla 69, Regla 82, Regla 100 y, finalmente, la Regla 165). Asimismo, las referencias a esta noción en el Reglamento de la Corte van en la misma dirección: es decir, ligadas a cuestiones de procedimiento (así, podemos citar la Norma 21, Norma 29, Norma 54, Norma 60, Norma 66, Norma 73, Norma 76, Norma 80 y, finalmente, la Norma 81). Si acudimos a las Reglas de la Oficina de la Fiscalía, nos encontramos con el empleo del reiterado concepto en términos prácticamente idénticos (este sería el caso de la Regla 29, de la Regla 31 y, finalmente, la Regla 33), mismo significado que se deduce también de los arts. 12 y 39 del «*Code of professional conduct for counsel*» (Resolution ICC-ASP/4/Res.1, adopted at the 3rd plenary meeting on 2 December 2005).

²⁴ Es más, conviene tener presente que si bien la versión inglesa, la francesa y la española son idénticas, la adaptación rusa, según se ha argumentado, es algo más restringida ya que podría traducirse como «administración de justicia», STIGEN, J., *The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions: The Principle of Complementarity*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 355. Para un análisis de las diversas traducciones del artículo puede acudir a: DE SOUEZA DIAS, T., «“Interests of justice”. Defining the scope of Prosecutorial discretion in Article 53(I)(c) and (2)(c) of the Rome Statute of the International Criminal Court», *Leiden Journal of International Law*, vol. 30, 2017, pp. 735-738.

²⁵ La relación entre el interés de la justicia y la administración de la justicia es común en un considerable número de instrumentos internacionales. De hecho, tanto el Pacto Internacional de Derechos

justicia al logro de la «efectividad» de las investigaciones, tal y como parece hacer la SCP II, provoca una interpretación un tanto inconsistente con el propio ER. De hecho, conviene recordar que la obligación de investigar y enjuiciar los crímenes internacionales es una obligación de comportamiento y no de resultado²⁶ y, por ende, exigir siempre y en todo momento una valoración previa acerca de la viabilidad de las investigaciones no solo contradice el Derecho internacional sino que, como advirtió la Fiscalía, podría «fomentar obstrucciones que busquen disuadir la intervención de la CPI»²⁷, razón por la cual descarta su empleo²⁸. Es más, como veremos a continuación, los factores enumerados por la SCP II susceptibles de determinar la efectividad de las investigaciones y los enjuiciamientos ante la CPI²⁹ podrían vulnerar el propio ER.

9. Por una parte, la SCP II muestra ciertas dudas en torno a la voluntad de las autoridades afganas para cooperar en el hipotético caso de que se iniciara el proceso ante la Corte³⁰. Al margen de la escasa fundamentación jurídica empleada —ya que se basa en meras «suposiciones»—³¹ y de ignorar los preceptos legales que, precisamente, obligan a los Estados a cooperar con la Corte³², resulta oportuno señalar que, en la situación de Kenia, la Sala que conoció del asunto se pronunció en términos mucho más acertados cuando

Civiles y Políticos [arts. 14.1 y 14.3.d)], como el Convenio Europeo de Derechos Humanos [art. 6.1 y 6.3.c)] y la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8.5) emplean esta expresión al regular el proceso judicial (concretamente en los puntos relativos a la publicidad y los derechos de los acusados). Es más, en la Observación General núm. 32 del Comité de Derechos Humanos se equipara el «interés de la justicia» con el «interés de la debida administración de justicia» [párr. 36 de la Observación General núm. 32, 90.º periodo de sesiones (2007) del Comité de Derechos Humanos: El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia]. Por otra parte, los Estatutos de los tribunales internacionales penales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia (art. 28) y para Ruanda (art. 27), así como el Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona (art. 23), también incorporan esta noción en los preceptos que regulan el indulto y la conmutación de la pena y, en este último caso, también encontramos otra referencia al reiterado concepto en el precepto que enumera los derechos del acusado (art. 17). Finalmente, las Salas Especiales de Camboya recogen este término en dos ocasiones: al regular el proceso ante las Salas y al hacer referencia a la publicidad que debe caracterizar al mismo (arts. 12 y 34 respectivamente). Por tanto, la conclusión a primera vista parece obvia: son numerosas las referencias a la expresión «interés de la justicia» que podemos encontrar y en todas ellas parece emplearse en aquellas disposiciones que regulan aspectos procedimentales.

²⁶ A modo de ejemplo, ya que son numerosos los pronunciamientos en esta dirección, puede consultarse: Informe del Grupo de trabajo sobre las desapariciones forzadas o involuntarias, Comentario General sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas, 2010. Documento A/HRC/16/48, punto 5; *Amicus Curiae Observations by Kate Mackintosh and Göran Sluiter*, ICC-02/17-117 15-11-2019, punto 30.

²⁷ ICC-OTP, Documento de política general sobre exámenes preliminares, noviembre 2013, pp. 18-19.

²⁸ OTP, Strategic Plan 2019-2021, 17 de julio de 2019, p. 18.

²⁹ Véase ICC-02/17-33, *op. cit.*, nota 14, punto 91.

³⁰ *Ibid.*, punto 94.

³¹ A juicio de la OTP, la conclusión de la SCP II es «unreasonable, and could not have been reached by any reasonable chamber» (*Situation in the Republic of Afghanistan. Prosecution appeal brief*, ICC-02/17-74, 30 de septiembre de 2019, punto 124).

³² *Ibid.*, punto 126. Véase la Parte IX del ER que lleva por título «De la cooperación internacional y la asistencia judicial». Es más, este tipo de argumentos podrían animar a los Estados a no cooperar con la Corte, dando lugar a una peligrosa interferencia política en el seno de la actividad judicial que no debería tolerarse (*Corrigendum of Victims' Joint Appeal Brief against the «Decision Pursuant to Article 15*

argumentó que la ausencia de cooperación no debía interpretarse como un factor que implicara que una investigación no redundaría en interés de la justicia, sino que era una circunstancia objetiva independiente de este concepto³³.

10. Por otra parte, la SCP II alegó la limitación de los medios de los que dispone la Corte como otro factor que se halla relacionado con el interés de la justicia³⁴. De hecho, tras recordar que llevar a cabo una investigación requiere un número considerable de recursos³⁵, argumenta que en el caso de que se autorizara el inicio de una investigación habría que proceder a una reasignación de los mismos, lo que, lógicamente, iría en detrimento de otros escenarios en los que podría ser más realista esperar la apertura de los juicios³⁶. A pesar de que la escasez de los recursos es una realidad en el seno de la Corte³⁷, como acertadamente se ha señalado, nos hallamos ante una competencia que no pertenece a la SCP II y, por ello, su actuación merece la calificación de «*ultra vires*»³⁸.

11. Finalmente, la SCP II vincula el interés de la justicia con el factor tiempo. Concretamente, tras precisar que el examen preliminar se inició en el año 2006³⁹ añade que este periodo de tiempo ha sido particularmente largo⁴⁰. Asimismo, argumenta que la Fiscalía no solicitó ni la preservación de las pruebas ni tomó las pertinentes medidas para proteger a los testigos⁴¹. Por todo ello, acaba concluyendo que «*the very availability of evidence for crimes for dating back so long in time is also far from being likely*»⁴². Si bien es innegable que el paso del tiempo puede llegar a afectar a las pruebas disponibles⁴³, cabe recordar que la imprescriptibilidad es una característica inherente a los crímenes internacionales⁴⁴ que se prevé, incluso, en el propio ER⁴⁵. Este ras-

of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan» 30 de septiembre de 2019, ICC-02/17-75-Corr, 1 de octubre de 2019, punto 84).

³³ *Situation in The Republic of Kenya. Decision on the «Victims' request for review of Prosecution's decision to cease active investigation»*, ICC-01/09-159, 5 de noviembre de 2015, punto 25.

³⁴ ICC-02/17-33, *op. cit.*, nota 14, punto 95.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Ibid.* Ahora bien, la Fiscalía, previamente, ya había vinculado los recursos disponibles con la gravedad de la situación a la hora de interpretar el art. 53.1 ER [*Situation on Registered vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic of Greece and the Kingdom of Cambodia: Final decision of the Prosecution concerning the «Article 53(1) Report» (ICC-01/13-6-AnxA)*, dated, 6 de noviembre de 2014, with *Public Annexes A-C, E-G and Confidential Annex D. ICC-01/13-57-Anx1*, 29 de noviembre de 2017, pp. 15-16].

³⁷ ICC-OTP, *Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor*, septiembre de 2003, p. 3.

³⁸ ICC-02/17-74, *op. cit.*, nota 31, punto 142.

³⁹ ICC-02/17-33, *op. cit.*, nota 14, punto 44.

⁴⁰ *Ibid.*, punto 92.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*

⁴³ Véanse las interesantes apreciaciones que sobre las pruebas disponibles se realizan en *Public with Public Annex 1 Corrigendum of Updated Victims' Appeal Brief*, ICC-02/17-73-Corr, 2 de octubre de 2019, punto 136, y que demuestran que las pruebas pueden estar disponibles durante décadas (*ibid.*, punto 138).

⁴⁴ Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, de 26 de noviembre de 1968. Es más, las características de los crímenes internacionales hacen que sea necesario su enjuiciamiento por mucho que pase el tiempo (*Observations by Queen's University*

(Véase nota 45 en página siguiente)

go distintivo de este tipo de ilícitos⁴⁶ provoca que denegar el inicio mismo de una investigación por el largo periodo transcurrido desde que se cometieron los crímenes contradiga el Derecho internacional⁴⁷.

12. La suma de estos argumentos le llevan a la SCP II a concluir que las circunstancias en el presente caso hacen que sean limitadas las expectativas para lograr investigaciones y enjuiciamientos satisfactorios⁴⁸. Si bien en opinión de uno de los jueces de la CPI, la Decisión por la que se rechazó la autorización para iniciar la investigación en Afganistán es beneficiosa para la justicia internacional penal⁴⁹, mostramos nuestra más absoluta conformidad con quienes, en el extremo contrario, consideraron que «*if the credibility of the Court was in doubt before it, and if the future of the Court was uncertain, now is possible that the Pre-Trial Chamber has facilitated its own demise*»⁵⁰. Por esta razón, no podemos sino dar la bienvenida a la Sentencia dictada, el 5 de marzo de 2020, por la Sala de Apelaciones (SA) que enmienda la Decisión de la SCP II y autoriza el inicio de la investigación en Afganistán⁵¹. Una sentencia que, como ha declarado la fiscal, permite que las víctimas estén un paso más cerca de obtener la justicia que merecen⁵².

13. No obstante, y pese a la trascendencia de esta sentencia, su aportación a la hora de esclarecer el significado del «interés de la justicia»⁵³ resulta un tanto decepcionante⁵⁴. Y es que, la SA fundamenta su decisión en que la SCP II no debería de haber revisado el análisis llevado a cabo por la Fiscalía

Belfast Human Rights Centre as amicus curiae on the appeal of Pre-Trial Chamber II's «Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan», 12 de abril de 2019, ICC-02/17-115, 15 de noviembre de 2019, punto 6).

⁴⁵ Art. 29 ER.

⁴⁶ Incluso se ha calificado como «una fortaleza singular de la Corte» (ICC-ASP, Informe de la Corte sobre la complementariedad: conclusión de las actividades de la Corte en un país de situación, ICC-ASP/12/32, p. 3).

⁴⁷ ICC-02/17-74, *op. cit.*, nota 31, punto 113.

⁴⁸ ICC-02/17-33, *op. cit.*, nota 14, punto 96.

⁴⁹ *Concurring and separate opinion of Judge Antoine Kesia-mbe Mindua to the «Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. Decision pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the authorization of an investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan»*, ICC-02/17-33, 12 de abril de 2019», ICC-02/17-33-Anx-Corr., 31 de mayo de 2019, punto 53.

⁵⁰ ORIHUELA CALATAYUD, E., *op. cit.*, nota 15, p. 30. En una línea similar: ICC-02/17-74, *op. cit.*, nota 31, punto 167; POLTRONIERI ROSSETTI, L., *op. cit.*, nota 15, p. 608.

⁵¹ ICC-02/17-138, *op. cit.*, nota 22.

⁵² *Statement of ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, following the Appeals Chamber's decision authorising an investigation into the Situation in Afghanistan: «Today is an important day for the cause of international criminal justice»*, 5 de marzo de 2020, disponible en <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=200305-otp-statement-afghanistan> (todas las páginas web citadas en el presente trabajo han sido consultadas por última vez el 20 de julio de 2020).

⁵³ El recurso planteado por la OTP (ICC-02/17-74, *op. cit.*, nota 31) se basaba en dos fundamentos principales: en primer lugar, que la SCPII cometió un error de derecho a la hora de llevar a cabo una determinación positiva del «interés de la justicia» y, en segundo lugar o alternativamente, que la SCP abusó de su discrecionalidad a la hora de interpretar el interés de la justicia (ICC-02/17-138, 5, *op. cit.*, nota 22, punto 6).

⁵⁴ Razón por la cual se ha defendido que «no todo son luces en esta decisión, sino que la sentencia también proyecta sus sombras pues mantiene interrogantes sin respuesta» (ORIHUELA CALATAYUD, E., *op. cit.*, nota 7, p. 18).

en base a los factores previstos en el art. 53.1 ER⁵⁵. Es decir, la SCP II debería de haberse limitado a valorar «*whether there is a reasonable factual basis for the Prosecutor to proceed with an investigation, in the sense of whether crimes have been committed, and whether the potential case(s) arising from such investigation would appear to fall within the Court's jurisdiction*»⁵⁶. Por ello, la concreta interpretación otorgada al concepto del «interés de la justicia» queda en un segundo plano⁵⁷ ya que simplemente señala que:

*«First, the Appeal Chamber underlines that article 53(1) of the Statute is formulated in the negative [...]. Second, the Appeal Chamber notes that the Pre-Trial Chamber's reasoning in support of its conclusion regarding the "interests of justice" was cursory, speculative and did not refer to information capable of supporting it. Third, there is no indication that the Pre-Trial Chamber considered the gravity of the crimes and the interests of victims as articulated by the victims themselves in conducting this assessment. In these circumstances, the Appeals Chamber is of the view that Pre-Trial Chamber did not properly assess the interests of justice»*⁵⁸.

14. A pesar de que esta sentencia corrobora que la interpretación del «interés de la justicia» llevada a cabo por la SCP II no era acertada, lo cierto es que, como cabe apreciar, la SA tampoco contribuye a esclarecer su significado. Por ello, resulta inevitable preguntarse qué implica, en definitiva, este concepto o cuáles son los factores que han de ser tomados en consideración a la hora de interpretarlo⁵⁹. Ante la ambigüedad que sigue rodeando a esta noción, la única certeza que podemos extraer es que la SCP II, lejos de valorar los elementos que expresamente se mencionan en el ER, es decir, el interés de las víctimas y la gravedad de los crímenes —a los que se presta escasa atención⁶⁰, lo que, consecuentemente, afectó a las conclusiones finales alcanzadas⁶¹—, se basó en unos criterios que no encuentran una plasmación directa en el Estatuto. Por ello, en los puntos que siguen a continuación, trataremos de aproximarnos a esta cláusula desde la perspectiva que nos ofrecen, precisamente, estos dos criterios fundamentales.

3. LAS VÍCTIMAS EN EL ESTATUTO DE ROMA: EL RECONOCIMIENTO DE UNOS INTERESES QUE TRASCIENDEN A LA JUSTICIA PENAL

15. En los primeros años de funcionamiento de la Corte los pronunciamientos en torno al «interés de la justicia» fueron ínfimos. No obstante, una

⁵⁵ ICC-02/17-138, 5, *op. cit.*, nota 22, punto 1.

⁵⁶ *Ibid.*, punto 46. Dado que dicho análisis excede el objeto de estudio del presente trabajo, remitimos al interesado a: ORIHUELA CALATAYUD, E., *op. cit.*, nota 7, pp. 1-19.

⁵⁷ Sin embargo, analiza algunos de los puntos esgrimidos por la Fiscalía al considerar que son relevantes para determinar el alcance de la investigación: por una parte, examina si la autorización debería limitarse a los incidentes mencionados en la solicitud de la fiscal y, por otra parte, se pronuncia en torno a los crímenes cometidos fuera del territorio de Afganistán (ICC-02/17-138, *op. cit.*, nota 22, puntos 51-78).

⁵⁸ *Ibid.*, punto 49.

⁵⁹ ORIHUELA CALATAYUD, E., *op. cit.*, nota 7, p. 16.

⁶⁰ ICC-02/17-74, *op. cit.*, nota 31, punto 150.

⁶¹ *Ibid.*, punto 156.

conclusión parecía evidente: estos se habían vinculado con los «intereses de las víctimas», recabando, para ello, las opiniones de las personas afectadas, de las comunidades con las que conviven y de la sociedad en general para dilucidar si deseaban que se iniciaran o no los correspondientes procesos ante la Corte⁶². Incluso con posterioridad a la Decisión de la SCP II se ha vuelto a relacionar el interés de la justicia con estos extremos⁶³. Sin embargo, en la situación en Afganistán no se tomaron en consideración los «intereses de las víctimas»⁶⁴ que, precisamente, reclamaban la intervención de la Corte⁶⁵. De hecho, la SCP II les dedicó apenas un breve párrafo en el que argumentó que:

«Accordingly, it is unlikely that pursuing an investigation would result in meeting the objectives listed by the victims favouring the investigation, or otherwise positively contributing to it. It is worth recalling that only victims of specific cases brought before the Court could ever have the opportunity of playing a meaningful role in as participants in the relevant proceedings; in the absence of any such cases, this meaningful role will never materialise in spite of the investigation having been authorised; victims' expectations will not go beyond little more than aspirations. This, far from honouring the victims' wishes and aspiration that justice be done, would result in creating frustration and possibly hostility vis-a-vis the Court and therefore negatively impact its very ability to pursue credibly the objectives it was created to serve»⁶⁶.

⁶² A modo de ejemplo consúltese: *Situation in Georgia: Corrected Version of «Request for authorization of an investigation pursuant to article 15»*, 16 de octubre de 2015, ICC-01/15-4-Corr; 17 de noviembre de 2015, pp. 12-13, punto 339; ICC-01/17-5-US-Exp. ICC-01/17-5-Red, *op. cit.*, nota 8, pp. 84-85, punto 198; ICC, Pre-Trial Chamber I. *Situation in Darfur, Sudan. Decision on Application under Rule 103*, ICC-02/05-185, 4 de febrero de 2009, punto II. Otro aspecto llamativo es que el fiscal, en los informes bianuales que remite al Consejo de Seguridad, analiza tanto «los intereses de las víctimas» como los propios «intereses de la justicia» e incluso en alguna ocasión analiza conjuntamente los intereses de la justicia, los intereses de las víctimas y las iniciativas de divulgación [*Eight Report of the Prosecutor of the ICC to the UN Security Council pursuant to UNSC 1593 (2005)*]. Report: 3 de diciembre de 2008, p. 14]. La razón por la que no solo se consulta a las víctimas, sino también a otras partes como pueden ser, por ejemplo, los líderes de la comunidad, la sociedad en general o ciertas organizaciones se detallan en ICC-OTP, *op. cit.*, nota 6, pp. 5-6, idea que se ha reiterado también en OTP, *op. cit.*, nota 19, p. 12; ICC-OTP, *op. cit.*, nota 27, punto 68.

⁶³ *Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar*, ICC-01/19-27, 14 de noviembre de 2019, pp. 18-19. Es interesante señalar que, en un primer momento, la Sala analiza las demandas formuladas por las representaciones de las víctimas, dentro de las cuales incluye un apartado específico en torno al interés de la justicia en el que muestra el deseo de estas de que la Corte inicie el proceso (*ibid.*, pp. 10-19). Posteriormente, dentro el apartado correspondiente a la admisibilidad vuelve a pronunciarse sobre el interés de la justicia y concluye que no hay razones sustanciales para creer que una investigación no redundaría en interés de la justicia, máxime cuando esta es también la demanda de las víctimas (*ibid.*, p. 52).

⁶⁴ A juicio de Amnistía Internacional, nos hallamos ante una seria omisión que es inconsistente con el ER y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos (*Amicus curiae observations submitted pursuant to Rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence, Amnesty International ICC-02/17-112*, 15 de octubre de 2019, punto 9).

⁶⁵ En la propia Decisión de la Sala se recoge que de las 699 observaciones que se enviaron por parte de las personas afectadas, 680 eran favorables al inicio de la investigación ante la Corte (ICC-02/17-33, *op. cit.*, nota 14, punto 87).

⁶⁶ ICC-02/17-33, *op. cit.*, nota 14, punto 96.

16. Como cabe apreciar, la SCP II, al hacer referencia exclusivamente a la «participación» en el proceso, no otorgó relevancia alguna a la posición más amplia que ostentan las víctimas en el ER⁶⁷. Y es que no solo se ignora su demanda a favor de la justicia internacional⁶⁸, sino que, tal y como se ha recordado, tampoco toma en consideración el resto de derechos de los que son titulares, cuyo reconocimiento se consideraba «una piedra angular del sistema del Estatuto de Roma»⁶⁹. En efecto, en virtud del Derecho internacional, las víctimas, además del derecho a la justicia, tienen derecho a la verdad, a la reparación y a que se adopten las garantías de no repetición que sean necesarias para que no se vuelvan a cometer crímenes internacionales⁷⁰, unos derechos que, en mayor o menor medida, también encuentran su plasmación en el ER⁷¹. Por ello, sus intereses se pueden satisfacer no solo con la condena del responsable, sino con el reconocimiento de que los crímenes ocurrieron y que sus demandas importan⁷². En consecuencia, teniendo presente que el

⁶⁷ El ER, además de garantizar, en ciertas partes del proceso y con ciertos límites, el derecho de las víctimas a la participación y a su protección (art. 68 ER), prevé el otorgamiento de reparaciones (art. 75 ER). Es más, en el seno de la Corte existen ciertos órganos cuya función consiste en atender a las demandas de las víctimas como, por ejemplo, el Fondo Fiduciario para las víctimas (art. 79 ER).

⁶⁸ Por ello, se ha argumentado que esta Decisión niega el derecho a la justicia de las víctimas (ICC-02/17-7-Conf-Exp, *op. cit.*, nota 9, punto 365). Es más, algunos extienden esta vulneración al art. 21.3 ER (ICC-02/17-117, 15 de noviembre de 2019, *op. cit.*, nota 26, puntos 34-35). Y es que, teniendo en cuenta los múltiples derechos de los que son titulares las víctimas se ha defendido que, a la hora de interpretar el concepto del interés de la justicia, y recordando el art. 21.3 ER, hay que tomar en consideración todos ellos (ICC-02/17-112, 15 de noviembre de 2019, *op. cit.*, nota 64, punto 9). Por esta razón, se concluye que la Decisión de la SCP podría dar lugar a una vulneración de los derechos humanos internacionalmente reconocidos (*ibid.*, punto 15). En un sentido similar: ICC-02/17-75-Corr, *op. cit.*, nota 32, punto 73.

⁶⁹ Resolución ICC-ASP/15/Res.5, adoptada por consenso en la undécima sesión plenaria, el 26 de noviembre de 2016: Fortalecimiento de la Corte Penal Internacional y de la Asamblea de los Estados Partes, p. 38.

⁷⁰ Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 2005: Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del Derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (A/RES/60/147); E/CN.4/2005/102/Add.1, *op. cit.*, nota 21; profundicéase en los derechos que el ordenamiento jurídico internacional reconoce a las víctimas en BASSIOUNI, M. C., «International recognition of victims' rights», *Human Rights Law Review*, vol. 6, Issue 2, 2006, pp. 203-279.

⁷¹ Como ha explicado la fiscal, los intereses de las víctimas no se limitan a ver cómo los responsables son enjuiciados y sancionados, sino que también se refieren a la prevención de futuros crímenes y al establecimiento de la verdad (ICC-02/17-74, *op. cit.*, nota 31, punto 161). Estos objetivos pueden lograrse incluso aunque no se lleguen a dilucidar las correspondientes responsabilidades penales (*ibid.*), y es que, en muchas ocasiones, lo importante es el proceso (*ibid.*, punto 162). Es más, la apertura de la investigación ante la Corte acarrea importantes consecuencias para obtener una reparación en virtud del Fondo Fiduciario (*ibid.*, punto 163). Es cierto que no se debe iniciar un proceso solamente con este objetivo en mente, pero ello no implica desconocer la importancia de estas reparaciones cuando no se puede lograr el castigo del responsable (*ibid.*). Y es que, las reparaciones previstas en el art. 75 ER únicamente proceden en el caso de que se hayan dilucidado las correspondientes responsabilidades penales [*Judgment on the appeals against the «Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations» of 7 August 2012 with AMENDED order for reparations (Annex A) and public annexes 1 and 2*, ICC-01/04-01/06-3129, 3 de marzo de 2015, punto 65; *Order for reparations*. ICC-01/04-01/06-3129-AnxA, 3 de marzo de 2015, puntos 20-21].

⁷² ICC-02/17-75-Corr 1 de octubre de 2019, *op. cit.*, nota 32, punto 76.

«interés de la justicia» es más amplio que la justicia penal⁷³ y que la justicia retributiva es solo uno de los intereses que pueden tener las víctimas⁷⁴, cabe concluir que la Decisión de la SCP II negó por completo las demandas restaurativas de las víctimas⁷⁵ y no prestó atención a uno de los objetivos fundamentales que debería guiar su actuación: la prevención de los crímenes internacionales⁷⁶.

17. Sin embargo, más allá de las críticas que estas notables omisiones pudieran generar, y con el objetivo de dotar de significado a la cláusula del interés de la justicia, resulta necesario preguntarse cuándo una investigación no redundaría en interés de las víctimas. Y es que el precepto que aquí analizamos plantea un importante dilema: podría darse el caso de que el crimen cometido fuera extremadamente grave, que las víctimas desearan férreamente el inicio del proceso ante la Corte con el objetivo de hacer efectivos sus derechos y, sin embargo, que la investigación no redundara en «interés de la justicia». Pues bien, se ha defendido que existe un escenario que podría provocar esta situación: en el caso de que el inicio del proceso afectara a la seguridad, a la protección o a la propia integridad de las víctimas⁷⁷. De hecho, incluso la propia OTP ha precisado que el interés de las víctimas no se limita a que se imparta justicia, sino que también incluye otros intereses esenciales como su protección⁷⁸. Por ello, a pesar de que el enjuiciamiento de los crímenes responda a sus expectativas, si, al mismo tiempo, pudieran llegar a perjudicarse otros intereses de los que también son titulares, determinados expertos consideran que los procesos penales ante la Corte deberían de paralizarse⁷⁹ ya que «*inability to provide adequate protection to prosecution*

⁷³ ICC-02/17-33-Anx-Cort., *op. cit.*, nota 49, punto 38.

⁷⁴ ORIHUELA CALATAYUD, E., *op. cit.*, nota 15, pp. 15-16.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 29. Véanse también las apreciaciones que sobre esta cuestión se realizan en ICC-02/17-74, *op. cit.*, nota 31, puntos 160-164. La función restaurativa de la Corte se reconoce, entre otros, en ICC-OTP, ICC *President tells World Parliamentary Conference «ICC brings retributive and restorative justice together with the prevention of future crimes»*, 11 de diciembre de 2012, ICC-CPI-20121211-PR860, disponible en <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr860>; ICC - OTP, *Dissenting Opinion of Judge Eboe-Osuji*, ICC-01/09-02/11-863-Anx-Corr, 27 de noviembre de 2013.

⁷⁶ Precisamente, en ocasiones, las víctimas han subrayado la importancia de la prevención de futuros crímenes: *Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar*, ICC-01/19-27, 14 de noviembre de 2019, punto 38. Una vinculación entre la prevención de los crímenes internacionales y el interés de la justicia que ya se realizaba en ICC-OTP, *op. cit.*, nota 6, p. 4.

⁷⁷ A nuestro juicio, esta interpretación debería de ser matizada. Y es que, en efecto, el art. 68 ER regula la «protección de las víctimas y testigos», cuyo apdo. 5 establece que en el caso de que la divulgación de las pruebas o información pudiera suponer un peligro para un testigo o su familia, el fiscal podría no presentar dichas pruebas, siempre y cuando ese actuar no fuera incompatible con el desarrollo de un juicio justo o imparcial. Por ello, si, por ejemplo, la no presentación de dichas pruebas o información, con el objetivo de proteger a las víctimas, fuera incompatible con un juicio justo, imparcial, o redundara en perjuicio de los derechos de los acusados, podríamos interpretar que una investigación «no redundaría en interés de la justicia».

⁷⁸ ICC-OTP, *op. cit.*, nota 6, p. 5.

⁷⁹ ZAKERHOSSEIN, M. H., *Situation Selection Regime at the International Criminal Court: Law, Policy, Practice*, Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2017, pp. 344-345.

witnesses may, in certain contexts, compromise the ability of the Court to fulfil its mandate»⁸⁰.

18. Ahora bien, llegados a este punto podría ser oportuno recordar los ámbitos en los que se perpetran los crímenes internacionales de los que conoce la CPI: conflictos armados, dictaduras, en definitiva, escenarios de grave inestabilidad política en los que las investigaciones se desarrollarán en circunstancias inseguras⁸¹. En contextos como los mencionados no sería infrecuente encontrarnos con una situación en la que la Corte no tuviera los medios para proteger a las víctimas o, incluso, a los testigos⁸² y, por ello, no cabe duda alguna de que la seguridad es un aspecto a tomar en consideración⁸³. Sin embargo, no por hallarnos ante un escenario como los enumerados debemos concluir, automáticamente, que la CPI no será capaz de garantizar protección alguna, sino que será necesaria una valoración minuciosa que pondere todos los intereses concurrentes. Es más, quisiéramos precisar que, al considerar estos escenarios, no estamos defendiendo, como suele ser habitual en cierto sector doctrinal, que el art. 53 ER sea la vía de entrada de las decisiones con un claro componente político en la actividad de los órganos que componen la CPI⁸⁴ y, en consecuencia, que en el hipotético caso de que las partes se hallen negociando o implementando un acuerdo de paz⁸⁵ o, simplemente, nos encontrásemos ante un escenario de cierta inestabilidad política⁸⁶, se pudiera argumentar que una investigación en el seno de la CPI no redundaría en interés de la justicia⁸⁷.

19. A pesar de que ha sido ingente la atención que ha prestado la doctrina a estas circunstancias, estas reflexiones académicas no han tenido una plasmación en la práctica seguida en los primeros años de actividad de la Corte. De hecho, incluso, la fiscal parecía poner fin al debate al declarar alto

⁸⁰ SCHABAS, W. A., *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge, Cambridge University Press, 5.ª ed., 2017, p. 303.

⁸¹ ICC-OTP, *op. cit.*, nota 6, p. 6.

⁸² ICC-OTP, *op. cit.*, nota 37, pp. 1-2.

⁸³ Informe de la Corte Penal Internacional a la Asamblea General de las Naciones Unidas, A/60/177, 1 de agosto de 2005, p. 7.

⁸⁴ MACULAN, E., «La Corte Penal Internacional», en GIL GIL, A. y MACULAN, E. (dirs.), *Derecho penal internacional*, Madrid, Dykinson, 2016, pp. 92-93; DAVIS, C., «Political Considerations in Prosecutorial Discretion at the International Criminal Court», *International Criminal Law Review*, vol. 15, 2015, pp. 170-189.

⁸⁵ En un inicio, ciertas declaraciones del primer fiscal de la CPI parecían apoyar esta interpretación: *Address by Luis Moreno-Ocampo, Prosecutor of the International Criminal Court. Address to the United Nations Security Council, New York, 13 de diciembre de 2005*, disponible en http://iccnow.org/documents/LMO_ProStatementSC_13Dec05_Eng.pdf.

⁸⁶ ENGSTROM, P., «Transitional justice and ongoing conflict», en SRIRAM, C. L., GARCÍA-GODOS HERMAN, J. y MARTÍN-ORTEGA, O. (eds.), *Transitional justice and peacebuilding on the ground: Victims and ex-combatants*, Londres y Nueva York, Routledge, 2013, p. 55.

⁸⁷ Cuando se estaba elaborando el Reglamento de la Fiscalía se intentó precisar con mayor detalle el significado de este concepto que, en un futuro, se debería aplicar. Así, los especialistas valoraron la posibilidad de ligar el concepto del interés de la justicia con la desestabilización en las situaciones de conflicto o con la amenaza que puede suponer el inicio de las investigaciones en los procesos de paz o de reconciliación: ICC-OTP, *Draft Regulations of the Office of the Prosecutor*, 3 de junio de 2003, disponible en <http://www.jura.uni-muenchen.de/fakultaet/lehrstuehle/satzger/materialien/istghdrre.pdf>.

y claro que «*it is my firm belief that recourse to justice should never be compromised by political expediency*»⁸⁸. Por esta razón, en los pronunciamientos vertidos al hilo del interés de la justicia se puede apreciar la escasa incidencia de las posibles «tensiones políticas»⁸⁹ o los «esfuerzos dirigidos a restablecer la paz y la seguridad»⁹⁰ a la hora de interpretar el precepto. Es más, la OTP, consciente de la ambigüedad y polémica que continuaba girando en torno al concepto, publicó, en el año 2007, un Documento de Política General sobre el interés de la justicia⁹¹ en el que, tras reconocer que este precepto representaba uno de los aspectos más complejos del Estatuto⁹², incidía en que existía una diferencia fundamental entre los intereses de la justicia y los intereses de la paz, intereses, estos últimos, que no recaían dentro de su competencia⁹³.

20. No obstante, el voto concurrente del Juez Antoine Kesia-mbe Mindua en la Decisión por la que se rechaza la autorización para el inicio de la investigación en Afganistán parece no compartir esta posición⁹⁴. De hecho, a juicio del juez, un considerable número de factores pueden hacer que una investigación no redunde en interés de la justicia como, por ejemplo, las negociaciones de paz o los mecanismos alternativos a la justicia⁹⁵. Por ello, argumenta que al interpretar el concepto del «interés de la justicia» se deben tomar en consideración tanto factores legales como extralegales⁹⁶.

21. Teniendo presente que, actualmente, existe una «relación positiva entre la paz y la justicia»⁹⁷ que implica que la justicia deba ser un componente esencial de una paz estable⁹⁸, consideramos que las vicisitudes inherentes a este tipo de contextos no deberían de afectar al correcto desarrollo

⁸⁸ ICC-OTP, *Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda: «The Public Deserves to know the Truth about the ICC's Jurisdiction over Palestine»*, 2 de septiembre de 2014.

⁸⁹ Por ejemplo, en la situación de Georgia la Fiscalía señaló que, a pesar de las tensiones políticas, no había razones sustanciales para creer que una investigación no redundaría en interés de la justicia (ICC-01/15-4-Corr, *op. cit.*, nota 62, pp. 12-13, punto 16 y punto 344) y añadió que las víctimas exigían justicia (*ibid.*, punto 339).

⁹⁰ En el caso de Sudán, a la hora de interpretar la cláusula del interés de la justicia, el fiscal tomó en consideración los esfuerzos dirigidos a restablecer la paz y la seguridad en el Estado (*First Report of the Prosecutor of the ICC to the Security Council pursuant to UNSC 1593 (2005)*, 29 de junio de 2005, pp. 4-5). Es decir, los contextos de inestabilidad no siempre suponen un factor determinante para justificar la conveniencia de eludir una investigación.

⁹¹ ICC-OTP, *op. cit.*, nota 6. Si bien el documento se publicó en el año 2007, esta concepción del interés de la justicia se había mantenido en el tiempo e, incluso, cabía hablar de cierta consolidación tal y como muestra, por ejemplo: ICC-OTP, *op. cit.*, nota 27, pp. 18-19.

⁹² ICC-OTP, *op. cit.*, nota 6, p. 2.

⁹³ *Ibid.*, p. 1.

⁹⁴ ICC-02/17-33-Anx-Corr, *op. cit.*, nota 49.

⁹⁵ *Ibid.*, punto 39.

⁹⁶ *Ibid.* Consciente de las críticas que conlleva defender la valoración de elementos no estrictamente legales en el seno de la CPI, el propio juez se pregunta si es posible que un tribunal de justicia tome en consideración estos factores extrajudiciales. A pesar de reconocer que «*the ICC shall not be guided by politics*» (*ibid.*, punto 47), finalmente, acaba por responder al interrogante planteado afirmativamente (*ibid.*, punto 40) al defender que, a su juicio, la SCP II «*must scrutinise all relevant circumstances, including "extra-legal" factors*» (*ibid.*, punto 46).

⁹⁷ Conferencia de revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010. RC/9/11. Documentos oficiales, La Haya 2010, punto 25.

⁹⁸ ICC-OTP, *op. cit.*, nota 6, p. 8.

de los procesos⁹⁹. En consecuencia, a nuestro juicio, estas circunstancias no deberían de operar a modo de justificación en el empleo del art. 53 ER, una opción que parece compartir también la propia OTP al declarar que «la disposición relacionada con el interés de la justicia no debe considerarse como un instrumento de gestión de conflictos que requiera que el fiscal asuma el rol de mediador en negociaciones políticas»¹⁰⁰. Sin embargo, y por lo que respecta a los posibles mecanismos alternativos a la justicia que pudieran llegar a establecerse en el Estado, la lectura que se deriva del reiterado artículo podría ser diferente, tal y como estudiaremos en el punto que sigue a continuación.

4. LA GRAVEDAD DEL CRIMEN COMETIDO POR EL PRESUNTO RESPONSABLE Y LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS A LA JUSTICIA PENAL EN EL ART. 53 DEL ESTATUTO DE ROMA

22. La indeterminación que caracteriza al «interés de la justicia» suele emplearse por ciertos sectores doctrinales¹⁰¹ para justificar que, a pesar de que se hayan podido cometer los crímenes más graves que afectan a la comunidad internacional, no siempre resulta obligatorio llevar a cabo una investigación y un enjuiciamiento penal cuando el Estado se halla inmerso en un proceso de justicia transicional¹⁰² en el que se han adoptado mecanismos de justicia alternativos a la justicia penal¹⁰³ como, por ejemplo, las conocidas

⁹⁹ Hay quien considera que todavía hace falta mayor precisión a la hora de decidir cómo se debería de actuar en el marco de unas negociaciones de paz: MAGNOUX, C., «The Sound of Silence: le pouvoir discrétionnaire du Procureur de la Cour pénale internationale à travers l'utilisation des critères d'intérêts de la justice et de gravité lors de l'ouverture d'une enquête», *Revue québécoise de droit international*, diciembre de 2017, pp. 9-36, esp. p. 36.

¹⁰⁰ ICC-OTP, *op. cit.*, nota 27, pp. 18-19.

¹⁰¹ Ciertas organizaciones como Human Rights Watch o Amnistía Internacional no comparten esta posición: HUMAN RIGHTS WATCH, *op. cit.*, nota 3; AMNESTY INTERNATIONAL, *Open letter to the Chief Prosecutor of the International Criminal Court: Comments on the concept of the interests of justice*, 17 de junio de 2005, pp. 1-8. En la doctrina, determinados autores también defienden la necesidad de interpretar de manera restrictiva el concepto del interés de la justicia: ACOSTA ARCARAZO, D., BUCHAN, R. y URUEÑA, R., «Beyond justice, beyond peace? Colombia, the interests of justice, and the limits of International Criminal Law», *Criminal Law Forum*, vol. 26, 2015, pp. 291-318; MENDES, E. P., *Peace and Justice at the International Criminal Court: A court of Last Resort*, UK-USA, Edward Elgar, 2010, p. 34.

¹⁰² A juicio de Kai Ambos, el interés de la justicia puede jugar un papel más relevante que el análisis relativo a la admisibilidad en contextos de justicia transicional: AMBOS, K., *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Derecho penal internacional: estudio de la facultad de intervención complementaria de la Corte Penal Internacional a la luz del denominado proceso de "justicia y paz" en Colombia*, Bogotá, Temis, 2010, p. 150. Consúltense también las reflexiones que sobre esta cuestión se realizan en SÁNCHEZ LEGIDO, Á., *Jurisdicción universal penal y Derecho Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 371.

¹⁰³ A modo ilustrativo, resulta oportuno mencionar los siguientes trabajos que analizan la posibilidad de aplicar el precepto del interés de la justicia ante mecanismos alternativos a la justicia penal: SLYE, R., «Immunities and amnesties», en DU PLESSIS, M. (ed.), *African Guide to International Criminal Justice*, South Africa, Institute for Security Studies, 2008, pp. 189-190; KELLER, L. M., «The False Dichotomy of Peace versus Justice and the International Criminal Court», *Hague Justice Journal*, vol. 3, 2008, núm. 1, pp. 12-47; ÁLVAREZ, J. E., «Alternatives to International Criminal justice», en CASSESE, A.

comisiones de la verdad¹⁰⁴. Una interpretación que parece derivarse también del voto concurrente del Juez Antoine Kesia-mbe Mindua ya citado¹⁰⁵. Por ello, partiendo de esta premisa básica, analizaremos cómo podría conjugarse esta opción con la «gravedad del crimen» y la «participación» del autor a la que se alude en el segundo apartado del art. 53 ER a la hora de interpretar el interés de la justicia¹⁰⁶.

23. A diferencia del estado previo a la investigación¹⁰⁷, cabe la posibilidad de que, tras la misma, «el enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia, teniendo en cuenta todas las circunstancias, entre ellas la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas y la edad o enfermedad del presunto autor y su participación en el presunto crimen»¹⁰⁸. En virtud de la redacción empleada, cabría interpretar que ciertos crímenes sobre los que pudiera ejercer su jurisdicción la Corte¹⁰⁹ podrían conllevar que un enjuiciamiento no redundase en interés de la justicia¹¹⁰. Precisamente, hay quien ha

(ed.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 38; SEILS, P. y WIERDA, M., «The International Criminal Court and Conflict Mediation», *International Center for Transitional Justice, Occasional Paper Series*, junio de 2005, pp. 13-14; CARTER, L., ELLIS, M. S. y JALLOH, C. C., *The International Criminal Court in an Effective Global Justice System*, UK-USA, Edward Elgar, 2016, p. 196; CÁRDENAS ARAVENA, C., «Revisión crítica del criterio “interés de la justicia” como razón para no abrir una investigación o no iniciar un enjuiciamiento ante la Corte Penal Internacional», *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 18, núm. 1, 2011, pp. 35-36, y DE SOUEZA DIAS, T., *op. cit.*, nota 24, p. 751.

¹⁰⁴ Los principales mecanismos transicionales pueden clasificarse en cuatro grupos: los procesos judiciales penales, los mecanismos de investigación de la verdad, los programas de reparación y las medidas dirigidas a garantizar la no repetición de las violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos (Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/21/46, de 9 de agosto de 2012, párrs. 22-27). Actualmente, se reconoce que es necesaria una estrategia complementaria en la que se prevean cauces de comunicación entre los diversos mecanismos, es decir, no cabe emplear algunos de ellos como sustitutorio o alternativa del resto (*ibid.*, punto III.D.22-23; Informe del Secretario General, el Estado de Derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2004/616, de 3 de agosto de 2004, Punto IX.26).

¹⁰⁵ ICC-02/17-33-Anx-Corr., *op. cit.*, nota 49, punto 39.

¹⁰⁶ Si bien esta no es la única opción que se prevé en el precepto que ahora analizamos, ante el limitado espacio del que disponemos, resulta imperativo seleccionar los aspectos a estudiar. En todo caso, nos parece oportuno dejar anotado que es evidente que las especiales circunstancias personales del presunto responsable como, por ejemplo, la edad avanzada que le impidiera conocer el resultado final del juicio, ciertas demencias o cuestiones graves de salud también deberían ser tomadas en consideración. Sobre las circunstancias personales que pudiera concurrir consúltese: ICC-OTP, *op. cit.*, nota 6, p. 7. De hecho, otros tribunales también han empleado criterios similares como, por ejemplo: ECCC, Special Edition - Case 002: Release of Ieng Thirith, Posted Fri, 10 de diciembre de 2012, Updated Sun, 15 de enero de 2017, disponible en <https://www.eccc.gov.kh/en/publications/special-edition-case-002-release-ieng-thirith>.

¹⁰⁷ En el estado previo a la investigación, se puede decidir no iniciar una investigación porque «existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen... una investigación no redundaría en interés de la justicia» [art. 53.1.c) ER].

¹⁰⁸ Art. 53.2.c) ER.

¹⁰⁹ Véase el art. 5 ER y la Regla 29.2 del Reglamento de la Fiscalía. Los criterios que se emplean para valorar la gravedad de los crímenes se detallan, entre otros, en OTP, *op. cit.*, nota 19, p. 12.

¹¹⁰ Véase un estudio sobre las diferencias entre la gravedad en los arts. 17 y 53 ER en STEGMILLER, I., «Interpretative gravity under the Rome Statute: Identifying common gravity criteria», en STAHN, C. y EL ZEIDY, M. M. (eds.), *The International Criminal Court and Complementarity: From Theory to Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, pp. 603-641.

defendido que el interés de la justicia se halla vinculado con la calificación concreta que se les dé a los crímenes cometidos, esto es, delitos ordinarios o crímenes internacionales. Así, por ejemplo, en la situación en Kenia, el Juez Hans-Peter Kaul emitió una opinión disidente en la Decisión por la que se autorizaba el inicio de la investigación en el Estado¹¹¹ en la que manifestaba que, en su opinión, los hechos cometidos debían ser considerados crímenes ordinarios y, por esta razón, concluía que una investigación no redundaría en interés de la justicia internacional penal¹¹². Es decir, el especial estándar de gravedad de los crímenes cometidos podría ser otro de los factores a valorar a la hora de determinar si una investigación redundaría o no en interés de la justicia. No obstante, quisiéramos recordar que, como paso previo a analizar el «interés de la justicia», se han de valorar las cuestiones de admisibilidad previstas en el art. 17 ER, dentro de las cuales se halla «la gravedad del asunto»¹¹³. En consecuencia, en principio, si se ha superado dicho especial estándar de gravedad, es porque nos hallamos ante un caso que merece la intervención de la Corte¹¹⁴, razón por la cual mostramos nuestras dudas en torno a la influencia que pudiera llegar a ejercer la «gravedad» del crimen en la valoración del interés de la justicia ya que, generalmente, todos merecerán el más severo reproche. Por ello, a nuestro juicio, el foco de atención deberíamos de trasladarlo al presunto responsable que ha cometido el crimen en cuestión.

24. Si atendemos al número de personas que responden ante la justicia, el resultado no merece otro calificativo que insatisfactorio. Y es que, tal y como muestra la práctica, ante la comisión de crímenes internacionales, la selección de casos es inevitable¹¹⁵ y, por ello, únicamente una mínima parte de los responsables es investigada¹¹⁶. A pesar de que el ER no limite la responsabilidad penal individual¹¹⁷, también la CPI se ve abocada a seleccionar los casos¹¹⁸ y, así, se ha desarrollado una práctica en virtud de la cual, como regla general, la Corte se centrará en aquellas personas que puedan ostentar las máximas responsabilidades en los crímenes cometidos¹¹⁹, sin perjuicio de que pueda dirigir también sus actuaciones contra personas con un nivel de responsabilidad menor¹²⁰.

¹¹¹ *Dissenting opinion of Judge Hans-Peter Kaul to Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya*. ICC-01/09-19-Corr, 31 de marzo de 2010.

¹¹² *Ibid.*, punto 10, p. 5.

¹¹³ ICC-OTP, *op. cit.*, nota 6, p. 5.

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ S/2004/616, *op. cit.*, nota 104, punto 46.

¹¹⁶ Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/HRC/27/56, párr. 24.

¹¹⁷ *Situation in the Democratic Republic of Congo. Judgment on the Prosecutor's appeal against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled «Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58»*, ICC-01/04-169-US-Exp, 16 de julio de 2006, punto 79.

¹¹⁸ Reglas 33 y 34 del Reglamento de la Fiscalía; OTP, *op. cit.*, nota 19.

¹¹⁹ ICC-OTP, *op. cit.*, nota 6, p. 7; OTP, *op. cit.*, nota 28, pp. 19-20; ICC-OTP, *op. cit.*, nota 37, p. 3; Regla 34 del Reglamento de la Fiscalía.

¹²⁰ ICC-OTP, *op. cit.*, nota 37, p. 3; OTP, *op. cit.*, nota 28, pp. 19-20.

25. Teniendo este planteamiento en mente, podría darse el hipotético caso de que la CPI opte por investigar a una persona con un nivel de responsabilidad «menor» en la perpetración de los hechos. No obstante, tras la investigación, podría llegar a considerar que su enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia, una interpretación que, siguiendo a un considerable número de especialistas, sería plenamente consistente con el art. 53 ER¹²¹. Ahora bien, ello no implica que estas personas (responsables de la comisión de un crimen internacional) pudieran beneficiarse de una situación de impunidad¹²². De hecho, y recordando el principio de complementariedad que guía la actuación de la Corte, sería imprescindible que las jurisdicciones penales nacionales se centraran en estos responsables menores¹²³ e, incluso, cabría la posibilidad de que respondieran de sus actos ante mecanismos alternativos a la justicia penal¹²⁴.

26. Precisamente, y por lo que a los mecanismos alternativos a la justicia penal respecta, estos también podrían ejercer una notable influencia a la hora de interpretar el «interés de la justicia»¹²⁵. En efecto, si el Estado instaura mecanismos alternativos para hacer frente a los crímenes internacionales cometidos en su territorio, ese hecho, como ha señalado la Corte, provocaría la admisibilidad del asunto¹²⁶. Sin embargo, tras la investigación, se podría llegar a considerar que un enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia si los autores, al responder ante estos mecanismos, han contribuido a esclarecer la verdad, si el Estado ha adoptado medidas para resarcir a las

¹²¹ En la doctrina es frecuente justificar la renuncia al ejercicio de la acción penal en estos casos acudiendo al concepto del «interés de la justicia», KELLER, L. M., *op. cit.*, nota 103, p. 28; LUDWIN KING, E. B., «Does justice always require prosecution? The International Criminal Court and transitional justice measures», *George Washington International Law Review*, vol. 45, 2013, pp. 104-108; ÁLVAREZ, J. E., *op. cit.*, nota 103, p. 38; RYNGAERT, C., «The principle of complementarity: a means of ensuring effective international criminal justice», en RYNGAERT, C. (ed.), *The Effectiveness of International Criminal Justice*, Antwerp-Oxford-Portland, Intersentia, 2009, p. 147; CARTER, L., ELLIS, M. S. y JALLOH, C. C., *op. cit.*, nota 103, p. 196; ZAKERHOSSEIN, M. H., *op. cit.*, nota 79, pp. 336-337; CÁRDENAS ARAVENA, C., *op. cit.*, nota 103, pp. 35-36, y DE SOUEZA DIAS, T., *op. cit.*, nota 24, p. 751.

¹²² OTP, *Report on Prosecutorial Strategy*, The Hague, 14 de septiembre de 2006, pp. 5-6.

¹²³ ICC-OTP, *op. cit.*, nota 37, pp. 3 y 7; OTP, *Prosecutorial Strategy 2009-2012*, The Hague, 1 de febrero de 2010, pp. 5-6; OTP, *op. cit.*, nota 19, pp. 4-5; ASP, Informe de la Mesa sobre la complementariedad, ICC-ASP/12/31, de 15 de octubre de 2013, p. 4.

¹²⁴ Incluso la OTP parece apostar por una relación complementaria entre diversos mecanismos con la finalidad de poner fin a la impunidad. Y es que, como ella misma reconoce, los enjuiciamientos ante la CPI siempre van a ser limitados y, en consecuencia, son imprescindibles estrategias más amplias (ICC-OTP, *op. cit.*, nota 6, pp. 7-8). En los siguientes documentos se valora positivamente la creación de estos mecanismos complementarios: ICC-OTP, *op. cit.*, nota 37, p. 3; Conferencia de Revisión, Resolución ICC-ASP/8/Res.9, 25 de marzo de 2010, pp. 19-20; OTP, *op. cit.*, nota 19, pp. 4-5.

¹²⁵ Véase como justifica Kai Ambos que un enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia en AMBOS, K., «El marco jurídico de la justicia de transición», en AMBOS, K., MALARINO, E. y ELSNER, G., (eds.), *Justicia de transición: Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Berlín, Konrad Adenauer Stiftung, 2009, pp. 101-104.

¹²⁶ ICC-02/17-33, *op. cit.*, nota 14, punto 79; ICC-01/17-X-9-US-Exp, 25 de octubre de 2017, e ICC-01/17-9-Red, *op. cit.*, nota 8, punto 152; ICC-02/11-3, *op. cit.*, nota 8, punto 51; *Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of The Union of Myanmar, Request for authorization of an investigation pursuant to article 15*, ICC-01/19-7, 4 de julio de 2019, punto 233; STEWART, J., *El rol de la CPI en el proceso de justicia transicional en Colombia*, Colombia, 30-31 de mayo de 2018, puntos 53 y 54.

víctimas y garantizar la no repetición de las violaciones y, lo más importante, si las víctimas no han manifestado su interés en que se enjuicie a los responsables ante la Corte¹²⁷. Y es que, como señalábamos previamente, el «interés de la justicia» es más amplio que la justicia meramente penal¹²⁸ y, por ende, las víctimas pueden tener «interés» no solo en el castigo del responsable, sino en que se esclarezca la verdad, se les repare por los perjuicios sufridos y, en definitiva, se adopten medidas para que no se vuelvan a cometer crímenes internacionales¹²⁹.

27. El problema que esta interpretación conllevaría es que, realmente, el Estado concernido estaría vulnerando el Derecho internacional ya que, ante la comisión de los crímenes internacionales, estos tienen la obligación de investigar, enjuiciar y sancionar *penalmente* a los responsables¹³⁰. Ahora bien, es importante diferenciar la responsabilidad internacional en la que podría incurrir el Estado de la discrecionalidad que el ER otorga en estos casos a la CPI. Por ello, y si bien manifestamos nuestra posición favorable al inicio de los correspondientes procesos penales siempre y cuando se haya perpetrado un crimen internacional, debemos reconocer que, en virtud del ER, es legítimo que la Corte decida que el enjuiciamiento de los responsables no redunde en «interés de la justicia» cuando concurren ciertas condiciones como las señaladas.

28. En todo caso, las opciones para que esta interpretación prospere son, a nuestro juicio, ínfimas. No solo porque la OTP ha reconocido que el recurso al «interés de la justicia» será excepcional¹³¹, sino porque, además, la Fiscalía parece aceptar una relación complementaria entre un conjunto de mecanismos para poner fin a la impunidad siempre y cuando no se eluda el componente *penal* de la justicia¹³². Ahora bien, insistimos, en virtud del ER esta opción podría llegar a producirse y, en consecuencia, no descartamos que, en un futuro, se llegara a aceptar la interpretación según la cual un enjuiciamiento no redundara en interés de la justicia si los responsables de los crímenes internacionales respondieran de sus actos ante mecanismos alternativos a la justicia penal¹³³.

¹²⁷ Véanse las referencias citadas en la nota 103 y la posición de ciertos autores recogida en el párr. 22, donde se justifica la aplicación del «interés de la justicia» ante la instauración de mecanismos alternativos a la justicia penal.

¹²⁸ ICC-OTP, *op. cit.*, nota 6, pp. 8-9.

¹²⁹ Acúdase al párr. 16 del presente trabajo.

¹³⁰ Un deber que se reconoce en el propio preámbulo al ER. Ahora bien, siendo conscientes de que los enjuiciamientos, normalmente, siempre se van a centrar en una categoría concreta de personas, una combinación de enjuiciamientos para los máximos responsables y mecanismos alternativos para el resto podría ser la única solución posible, tal y como se defiende en ROBINSON, D., «Serving the Interest of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court», *European Journal of International Law*, vol. 14, nota 3, 2003, pp. 499-501; ORENTLICHER, D. F., «“Setting Accounts” Revisited: Reconciling Global Norms with Local Agency», *International Journal of Transitional Justice*, vol. 1, 2007, pp. 16-21.

¹³¹ ICC-OTP, *op. cit.*, nota 6, p. 3.

¹³² *Ibid.*, p. 7. Una idea que se ha reiterado en ICC-OTP, *op. cit.*, nota 37, p. 3.

¹³³ El internacionalmente admirado caso colombiano podría llegar a plantear este interrogante.

5. CONCLUSIONES

29. En el año 2010, en la Conferencia de Revisión del ER, Kofi Annan pronunció unas palabras que, llegados a este punto, creemos oportuno traer a colación. Después de recordar que ni el fiscal ni los magistrados podían tener en cuenta consideraciones políticas en el desempeño de sus funciones, concluía: «No podemos a la vez afirmar que “nunca más” dejaremos que ocurran atrocidades y seguir apaciguando a los criminales, es decir, dejar que las cosas sigan “como siempre”»¹³⁴. Lamentablemente, la controvertida interpretación del art. 53 ER por parte de la SCP II en Afganistán muestra que, pese a los avances experimentados tras la entrada en vigor del ER, la justicia internacional penal tiene que superar numerosos obstáculos para sentar en el banquillo de los acusados a los responsables que han cometido un crimen internacional, máxime cuando ostentan la nacionalidad de una de las grandes potencias mundiales como Estados Unidos¹³⁵.

30. Tras el estudio llevado a efecto cabe concluir que el «interés de la justicia» es un concepto capaz de albergar múltiples significados cuya fácil adaptación a las circunstancias hace que no exista una voluntad real de proceder a su concreción. Precisamente, la inconsistencia de los argumentos empleados por la SCP II en el caso de Afganistán —que, incluso, pueden llegar a contradecir algunas de las bases fundamentales en las que se sustenta el ER y el propio DIP— corroboran, a nuestro juicio, esta tesis. Es más, tal vez sea este factor, junto con la polémica que ha acompañado a la Decisión de la SCP II, el elemento determinante para que la SA haya decidido no

¹³⁴ Discurso de Kofi Annan ante la Conferencia de Revisión de la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Uganda, 31 de mayo de 2010.

¹³⁵ Cabe recordar que Estados Unidos amenazó a la Corte si no ponía fin al examen preliminar (*The Guardian, John Bolton threatens war crimes court with sanctions in virulent attack*, 10 de septiembre de 2018, disponible en <https://www.theguardian.com/us-news/2018/sep/10/john-bolton-castigate-icc-washington-speech> e, incluso, llegó a revocar la visa de la propia Fiscal de la CPI, Fatou Bensouda (BBC News, US revokes visa of International Criminal Court prosecutor, 5 de abril de 2019, disponible en <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-47822839>). Puede consultarse la respuesta de la Fiscalía en Statement, *The ICC will continue its independent and impartial work, undeterred*, ICC-CPI-20180912-PR1406, 12 de septiembre de 2018, disponible en <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1406>. Lejos de ser un incidente aislado, tras la Sentencia de la SA en la que se autoriza el inicio de la investigación, Estados Unidos ha vuelto a presionar al personal al servicio de la CPI (CNN, US denying visas to International Criminal Court staff, 15 de marzo de 2019, disponible en <https://edition.cnn.com/2019/03/15/politics/pompeo-icc-visa-restrictions/index.html>. Es más, Mike Pompeo no ha tardado en denunciar que «this is a truly breathtaking action by an unaccountable political institution masquerading as a legal body» (*The Guardian, Senior ICC judges authorise Afghanistan war crimes inquiry*, 5 de marzo de 2020, disponible en [https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=200319-icc-statement](https://www.theguardian.com/law/2020/mar/05/senior-icc-judges-authorise-afghanistan-war-crimes-inquiry?CMP=fb_gu&utm_medium=Social&utm_source=Facebook&fbclid=IwAR0JbcTJxp81AnRHDJyC5D8NfpsE6Wq93MQ3ggQ7FC4eL96VmS3T3c2nrNo). Unas cuestionables declaraciones a las que no se ha dudado en responder desde la propia Corte recordando la independencia e imparcialidad que caracteriza a la misma (<i>Statement of the International Criminal Court concerning recent threats made against staff and their families</i>, 19 de marzo de 2020, disponible en <a href=)). Para profundizar en las vicisitudes de este caso puede acudir a OCHS, S. L., «The United States, the International Criminal Court, and the situation in Afghanistan», *Notre Dame Law Review*, vol. 95, Issue 2, 2019, pp. 89-100.

pronunciarse sobre el alcance del precepto. Una actuación que contribuye a aumentar las especulaciones sobre esta controvertida noción y que, en un futuro, podría volver a dejar en el más absoluto desamparado a las víctimas que demandan el reconocimiento de sus derechos.

31. Por ello, consideramos que, si se quiere dotar de una mayor legitimidad jurídica a la CPI y evitar que ambiguos «intereses» influyan en el actuar de la institución, resulta imprescindible acotar el significado de la cláusula. Así, en nuestra opinión, si excluyéramos todo componente político de la valoración judicial, se podrían llegar a adoptar dos perspectivas: partir de una noción «limitada» de justicia que se equiparara con la correcta administración de la justicia penal u optar por una aproximación más completa a la misma que, sin excluir a esta primera, trate de abarcar mayores dimensiones de «justicia» y que, teniendo en cuenta los crímenes cometidos y la responsabilidad de sus autores, otorgue un papel fundamental a los polifacéticos «intereses» de las víctimas. A nuestro juicio, esta segunda opción sería la elección más acertada jurídicamente.

32. Los primeros años de funcionamiento de la CPI han corroborado que, aunque exista una Corte permanente, la justicia penal siempre va a ofrecer una respuesta limitada ante la comisión de crímenes internacionales. Sin embargo, aunque solo unos pocos casos serán los que lleguen a ser investigados, enjuiciados y sancionados en cada situación, las víctimas, en cambio, podrían ser cientos y, consecuentemente, sus «intereses» merecen todo nuestro respeto y atención. En consecuencia, la cláusula del «interés de la justicia» objeto del presente estudio carece de significado alguno si no se toman en consideración los «intereses» y derechos de quienes, precisamente, han sufrido las consecuencias de los crímenes internacionales. Unos crímenes que, como recuerda el Preámbulo, «desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad». Ahora bien, esta aproximación no nos debe hacer olvidar que la Corte es un tribunal penal y, por ende, los factores relacionados con la correcta administración de justicia, las circunstancias personales de los responsables o la entidad de los crímenes internacionales cometidos, entre otros, han de ser adecuadamente ponderados a la hora de interpretar la cláusula objeto del presente estudio.

33. En definitiva, teniendo en cuenta que la propia CPI ha reconocido la necesidad de adoptar estrategias complementarias para erradicar la impunidad y ha valorado positivamente la función restaurativa que es capaz de ejercer, creemos oportuno reconocer las virtudes de una justicia internacional más integradora a la hora de interpretar el «interés de la justicia». Si se procediera de dicha manera, tal vez, el establecimiento de la Corte pudiera redundar, tal y como señala el Preámbulo del Estatuto de Roma, en «interés de las generaciones presentes y futuras».

RESUMEN

LA LLAVE DEL «INTERÉS DE LA JUSTICIA» EN EL ESTATUTO DE ROMA: SU CONTROVERTIDO EMPLEO EN EL CASO DE AFGANISTÁN

En el caso de Afganistán, la Sala de Cuestiones Preliminares II de la Corte Penal Internacional rechazó la autorización para iniciar una investigación en el Estado alegando que esta no redundaría en «interés de la justicia» empleando, para ello, argumentos un tanto inconsistentes con el Estatuto de Roma. Si bien la Decisión fue enmendada por la Sala de Apelaciones, que autorizó el inicio de la investigación, lamentablemente no se concretó el significado que ha de atribuírsele a esta ambigua cláusula. Teniendo en cuenta la inseguridad jurídica que sigue provocando este concepto, el presente estudio tiene por objetivo analizar la noción del «interés de la justicia» atendiendo a la práctica existente y prestando una atención especial a los principales criterios previstos en el Estatuto de Roma: los intereses de las víctimas y la gravedad del crimen cometido por el presunto responsable.

Palabras clave: interés de la justicia, Corte Penal Internacional, investigación de oficio, víctimas, mecanismos alternativos a la justicia, Afganistán.

ABSTRACT

THE «INTERESTS OF JUSTICE» AS A KEY IN THE ROME STATUTE: ITS CONTROVERSIAL USE IN THE CASE OF AFGHANISTAN

In the case of Afghanistan, the Pre-Trial Chamber II of the International Criminal Court rejected the authorization to initiate an investigation by concluding that the investigation would not be in the «interests of justice», employing arguments that could be inconsistent with the Rome Statute. Even if the Appeal Chamber amended the Decision and, consequently, authorized the opening of the investigation, it did not specify the significance that the clause should have. Taking into consideration the juridical insecurity that this concept provokes, the main objective of the article is to analyze the «interests of justice» notion by studying the practice of the Court and examining the main guidelines provided by the Rome Statute: the interests of victims and the gravity of the crime committed by the suspected offender.

Keywords: interests of justice, International Criminal Court, *proprio motu* investigation, victims, alternative justice mechanisms, Afghanistan.

LA NUEVA GUÍA DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS Y EL DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES (PARTE I)

José Antonio MORENO RODRÍGUEZ*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. ANTECEDENTES.—3. EL DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS EN LOS TRATADOS AMERICANOS.—4. EL APORTE DE LOS PRINCIPIOS DE LA HAYA.—5. LA IDEA DE UNA GUÍA DE LA OEA.—6. EL PROCESO DE ELABORACIÓN DE LA GUÍA DE LA OEA.—7. CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

1. El *Comité Jurídico Interamericano*, erigido en 1967 como órgano principal de la Organización de Estados Americanos (OEA), remonta sus orígenes a la *Comisión Permanente de Jurisconsultos de Río de Janeiro*, creada por la *Tercera Conferencia Internacional Americana de 1906*. Entre las funciones de dicho Comité, conformado por 11 juristas de Estados que integran la OEA, se encuentran las de «promover el desarrollo progresivo y la codificación del Derecho internacional, y estudiar los problemas jurídicos referentes a

* 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 de referencia han sido consultadas por última vez el 22 de diciembre de 2020.

la integración de los países en desarrollo del continente y la posibilidad de uniformar sus legislaciones en cuanto parezca conveniente»¹. Su accionar se considera homólogo al de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, pero el órgano interamericano se ocupa, además, de temas de Derecho internacional privado².

2. En febrero de 2019, el Comité Jurídico Interamericano aprobó una *Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales en las Américas*³, de la que tomó formalmente nota la Asamblea General de la OEA⁴, máximo órgano deliberativo de la organización. La guía tuvo pronta acogida favorable por la propia *Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado* en su sesión del Consejo de marzo de 2019⁵, recibiendo también el beneplácito del *Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado* (UNIDROIT)⁶. Recientemente, estas dos organizaciones trabajaron, además, con la *Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional* (CNUDMI) en un importante instrumento tripartito, en el que se hacen expresas referencias a la guía de la OEA⁷.

¹ Art. 98 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (La Carta de la OEA) que entró en vigor el 13 de diciembre de 1951. Las normas que rigen al Comité Jurídico Interamericano están contenidas en el Capítulo XIV de la Carta de la OEA (arts. 99-105).

² El Comité Jurídico Interamericano puede también encarar trabajos por iniciativa propia. NEGRO ALVARADO, D. M., «Redefiniendo el Rol de las Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado (CIDIPs)», en *Jornadas 130 Aniversario, Tratados de Montevideo de 1889*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2019, p. 724.

³ Véase http://www.oas.org/es/sla/cji/comite_juridico_interamericano.asp. Puede accederse digitalmente a la versión oficial impresa a través del siguiente vínculo: http://jmoreno.info/v1/wp-content/uploads/2020/07/publicaciones_digital_Guia_sobre_Derecho_Aplicable_Contratos_Internacionales_Americas_2019_Publicacion_Completa.pdf.

⁴ La Asamblea General de la OEA, en su primera sesión plenaria, celebrada el 27 de junio de 2019, resolvió, entre otras cosas: «1. Agradecer al Comité Jurídico Interamericano (CJI) por la remisión de la Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas y de la Guía Práctica de Aplicación de la Inmunidad Jurisdiccional de las Organizaciones Internacionales, tomar nota de las mismas, y exhortarlo a que les dé la más amplia difusión posible por intermedio de su Secretaría Técnica», AG/RES. 2930 (XLIX-O/19), <http://www.oas.org/consejo/sp/AG/resoluciones-declaraciones.asp>. En la sesión ulterior, en 2020, la Asamblea General de la OEA recibió con beneplácito la labor de diseminación de la guía por parte de la Secretaría Técnica del Comité Jurídico Interamericano, urgiendo que su contenido se mantenga actualizado para consolidarla como una herramienta para los Estados miembros de la OEA. Véase <http://scm.oas.org/Ag/documentos>.

⁵ Figura en acta el siguiente texto: «Council noted the publication of the OAS Guide on the Law Applicable to International Contracts in the Americas and welcomed the Permanent Bureau's cooperation with the OAS in this regard». Conclusions and Recommendations, Council on General Affairs and Policy, 5-8 de marzo de 2019, p. 8, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/c4af61a8-d8bf-400e-9deb-afcd87ab4a56.pdf>.

⁶ Figura en acta el siguiente texto: «18. The Council noted the publication of the OAS Guide in the Law Applicable to International Commercial Contracts in the Americas, welcomed UNIDROIT's cooperation with the OAS in this regard and expressed appreciation for the reference to the UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts», UNIDROIT 2019 - C. D. (98) Misc. 2, pp. 3-4, disponible en <https://www.unidroit.org/english/governments/councildocuments/2019session/cd-98-misc02-e.pdf>. Otra referencia es la siguiente: «165. The Council took note of the publication of the OAS Guide and expressed its appreciation for the work undertaken in this regard», UNIDROIT 2019 - C. D. (98) 17 - Report. Véase <https://www.unidroit.org/english/governments/councildocuments/2019session/cd-98-17-e.pdf>.

⁷ «Guía jurídica sobre instrumentos de Derecho uniforme en el ámbito de los contratos comerciales internacionales». Véase, al respecto, *inter alia*, en Comisión de las Naciones Unidas para el

3. Una contundente declaración de respaldo brindó la prestigiosa *Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP)*⁸, que aglutina a reconocidos juristas de la especialidad en el continente. La guía también contó con el apoyo —mediante comentarios para su elaboración, y la difusión ulterior del instrumento—, de la Sección de Derecho Internacional de la *American Bar Association (ABA)*⁹. Por demás, un importante libro con publicación prevista para marzo de 2021 del prestigioso sello de *Oxford University Press* —que reúne a más de 70 autores de los cinco continentes, entre ellos máximos referentes mundiales en contratos internacionales—, dedica un capítulo especial a la guía de la OEA¹⁰.

4. Además del *español*, la guía cuenta con versiones en *inglés*¹¹, *portugués*¹², e incluso con traducciones no oficiales al *francés*¹³, y hasta *rumano*¹⁴. La guía de la OEA viene siendo tenida en cuenta en iniciativas legislativas en *Brasil*¹⁵, *Uruguay*¹⁶, *Guatemala*¹⁷, y otros países¹⁸, a los que debe sumarse *Pa-*

Derecho Mercantil Internacional, 53 periodo de sesiones, Nueva York, 6 a 17 de julio de 2020, A/CN.9/1029, disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V20/011/81/PDF/V2001181.pdf?OpenElement>.

⁸ ASADIP emitió su «Declaración de apoyo a la Guía sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales de las Américas», según mandato de la Asamblea General de fecha 9 de noviembre de 2018, en los términos siguientes: «Que apoya el documento definitivo de la Guía sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales de las Américas. 2. Que se compromete a trabajar para establecer canales de cooperación con las autoridades nacionales, a fin de persuadir las acerca de la importancia de la labor del Comité Jurídico Interamericano en la materia y de la enorme trascendencia que tendrá la Guía sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales de las Américas, no solo para aquellos países que aún no cuentan con una regulación específica sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales, sino también para aquellos Estados que están promoviendo reformas legislativas a fin de adecuar sus normas a las más modernas soluciones en la materia. 3. Que le dará la mayor difusión posible al documento definitivo de la Guía sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales de las Américas en el ámbito académico y jurídico», disponible en <http://www.asadip.org/v2/?p=6245>.

⁹ Sobre el evento de difusión, véase http://www.oas.org/es/sla/ddi/boletines_informativos_DDI_American_Bar_Association_OEA_May-2019.html. También el Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional se hizo pronto eco de la guía (<http://ihladi.net/noticias/guia-sobre-el-derecho-aplicable-a-los-contratos-internacionales>). Lo propio ocurrió con el prestigioso sitio de *Conflict of Laws.net* (<https://conflictoflaws.net/2019/guide-on-the-law-applicable-to-international-commercial-contracts-in-the-americas-has-been-approved-by-oas/>), y otros sitios como el de *Kluwer Arbitration* (<http://arbitration-blog.kluwerarbitration.com/2019/09/02/the-new-oas-guide-on-international-contracts-and-international-arbitration>), etcétera.

¹⁰ MORENO RODRÍGUEZ, J. A., «Organization of American States», en GISBERGER, D., KADNER GRAZIANO y NEELS, J. (eds.), *Choice of Law in International Commercial Contracts Oxford University Press*, 2021 (pendiente de publicación), disponible en <https://global.oup.com/academic/product/choice-of-law-in-international-commercial-contracts-9780198840107?subjectcode1=1803299%7CLAW00010&lang=en&cc=no>.

¹¹ Véase http://www.oas.org/en/sla/dil/publications_Guide_Law_Applicable_International_Commercial_Contracts_Americas_2019.asp.

¹² Véase http://www.oas.org/es/sla/ddi/publicacoes_digital_Guia_sobre_o_Direito_Aplicavel_aos_Contratos_Comerciais_Internacionais_nas_Americas.asp.

¹³ La traducción al francés no ha sido subida aún al sitio web oficial de la OEA.

¹⁴ Véase <https://www.ujmag.ro/drept/drept-international-public-si-privat/ghidul-interamerican-cu-pri-vire-la-legea-aplicabila-contractelor-comerciale-internationale>.

¹⁵ Senado Federal, Projeto de Lei N° 1.038, de 2020, «altera o art. 9.º do Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro), para introduzir a adoção integral (Véanse notas 16, 17 y 18 en página siguiente)

raguay, cuya ley de contratos internacionales, si bien la precede, se encuentra en plena sintonía con el instrumento interamericano —e incluso la inspiró en cierta forma, como se explicará más adelante—¹⁹.

5. El comercio internacional gira en torno a los contratos que, precisamente, lo hace viable. Resulta, pues, inadmisibles que el fenómeno de la contratación internacional, y particularmente del Derecho que la rige, hasta hoy no haya recibido una respuesta jurídica satisfactoria en gran parte de los países del orbe. El problema resulta acuciante en varios Estados de las Américas, en los que el rezago merece una mejor respuesta a las históricamente ensayadas. El entusiasmo con que viene siendo recibida la nueva guía de la OEA quizá sea admonitorio de que, con ella, la luz se encuentra cerca del final del túnel. Esta contribución abordará antecedentes de la guía que explican su concepción, para luego resaltar algunos rasgos principales de su contenido y concluir, con optimismo, acerca del aporte que este instrumento puede brindar para el pronto mejoramiento del estado actual de cosas en los numerosos países en que así se impone.

6. Este trabajo, que es la primera de las dos partes de un estudio global sobre la nueva guía de la OEA, se extenderá desde los antecedentes de este texto hasta el proceso de concepción del mismo. La segunda parte, que aparecerá en el siguiente número de esta revista, hará mención a aspectos resalantes de dicho documento.

2. ANTECEDENTES

7. «El sueño del comparatista»²⁰. Nada describe mejor que esta frase la fascinación generada por el Derecho internacional privado americano en influyentes círculos académicos del orbe. Quizá en parte importante esto se deba a que, una y otra vez, el continente sirvió de laboratorio incubador de ideas, muchas veces foráneas, para su implementación normativa. Así, si bien las doctrinas eran mayormente europeas, bien tempranamente las Américas las plasmaron en textos regulatorios. Códigos Civiles como el de *Andrés*

do princípio da autonomia da vontade nos contratos internacionais». El proyecto se encuentra disponible en <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141234>. Su exposición de motivos alude expresamente a la guía de la OEA.

¹⁶ Véase <http://www.asadip.org/v2/?p=6496>.

¹⁷ Véase la noticia en *Valija Diplomática*, edición de junio de 2020, disponible en <https://www.cacif.org.gt/publicaciones>.

¹⁸ He sido consultado sobre el tema, *inter alia*, por la Cámara de Comercio de Bogotá, que se encuentra impulsando un proyecto de reformas para Colombia. También existen conversaciones para un eventual proyecto así para Honduras.

¹⁹ Numeral 6.

²⁰ Véase MORENO RODRÍGUEZ, J. A., «Le Droit et L'Amérique Latine: Un Terrain de Rêve por le Comparatiste», en FAUVARQUE-COSSON, B. (ed.), *Le droit comparé au XXI^e siècle*, Société de Législation Comparée, 2015. Una excelente descripción del fenómeno puede encontrarse en LÓPEZ MEDINA, D. E., «Teoría impura del derecho», *La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Colombia, Legis, 2004, p. 13.

Bello para Chile de 1855, y el de *Vélez Sarsfield* para la Argentina de 1869²¹, se encuentran entre los pioneros en el mundo con la inclusión de normas de Derecho internacional privado²².

8. El notorio impacto de su encapsulamiento normativo viene, sin embargo, de los instrumentos multilaterales. En doctrina, a lo largo del siglo XIX, tres faros iluminan el camino para los primeros tratados de esta disciplina: un juez americano, un profesor alemán y un político italiano²³. Joseph Story (1779-1845), profesor de Harvard y también miembro de la Corte Suprema de los Estados Unidos, instala en el siglo XIX la frase «*Private International Law*»²⁴, considerándosele el padre moderno del conflicto de leyes o «conflictualismo» a partir de sus *Commentaries* de 1834²⁵. El germano Friedrich Karl von Savigny (1779-1861), quien consolida doctrinariamente la disciplina en Europa, tiene particularmente en cuenta sus enseñanzas, considerándolas «brillantes»²⁶. El prestigioso jurista, político y diplomático italiano Pasquale Stanislao Mancini (1817-1888)²⁷, recoge la antorcha de Savigny con su influyente discurso de la unificación vía tratados²⁸, en una célebre clase inaugural en la Universidad de Turín, cuya prédica no solo recoge una publicación ampliamente difundida en la época²⁹, sino que inspira también de manera marcada al jurista flamenco Tobías M. C. Asser (1838-1913), bajo cuya autoridad termina convocándose en 1892 la primera *Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*³⁰.

²¹ Para su época, expresa León, las disposiciones del Título Preliminar del Código Civil Chileno de Andrés Bello constituyeron un adelanto notable (LEÓN, A., «Reforma del Sistema Chileno de Derecho Internacional Privado», en KLEINHEISTERKAMP J. y LORENZO IDIARTE, G. A., *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2002, p. 180).

²² Solo preceden a la regulación de Bello los Códigos Civiles francés de 1804, austriaco de 1811 y del Cantón de Zúrich de 1854; en tanto que antecedieron al Código Civil argentino el de Italia de 1865, cuya regulación del Derecho internacional privado era bastante detallada para la época, y el Código Civil de Bajo Canadá de 1866.

²³ De hecho, en su obra *Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado y su comentario*, el jurista uruguayo Gonzalo Ramírez, padre de los Tratados de Montevideo, demostró conocer bien los trabajos de Story, Savigny y Mancini. AGUIRRE RAMÍREZ, G., «Semblanza de Gonzalo Ramírez», en KLEINHEISTERKAMP, J. y LORENZO IDIARTE, G. A., *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2002, p. 54.

²⁴ LOWENFELD, A., «International Litigation and the Quest for Reasonableness General Course on Private International Law», *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 245, p. 27.

²⁵ Véase CLARK, D. S., «Development of Comparative Law in the United States», en REIMANN, M. y ZIMMERMANN, R. (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford-Nueva York, Oxford University Press, 2006, p. 183.

²⁶ DE SAVIGNY, M. F. C., *Sistema de Derecho Romano Actual*, t. VI, 2.ª ed., Madrid, Centro Editorial de Góngora, 1924, pp. 121-122.

²⁷ Mancini fue seguido por los influyentes juristas Weiss de Francia y Laurent de Bélgica [KEGEL, G., *International Encyclopedia of Comparative Law*, Chapter 3, Fundamental Approaches, Tubinga, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), y Dordrecht-Boston-Lancaster, Martinus Nijhoff Publishers, 1986, p. 7].

²⁸ DE SAVIGNY, M. F. C., *op. cit.*, nota 26, p. 137.

²⁹ MANCINI, P. S., *Direito Internacional (Diritto Internazionale. Prelezioni)*, traducción de Ciro Mioranza, Río Grande do Sul, Editora Unijuí, 2003.

³⁰ Véase WOLFF, M. *Derecho Internacional Privado*, traducción española de la segunda edición inglesa por Antonio Marín López, Barcelona, Bosch, 1958, p. 44.

9. Las Américas, sin embargo, toman la delantera con los primeros tratados multilaterales de Derecho internacional privado del mundo³¹. Ya en 1967, algunos miembros del cuerpo diplomático acreditado entonces en Lima, con representantes de Bolivia, Chile, Ecuador y Perú, proponen normas más o menos sistematizadas de la especialidad³². Luego, en el *Congreso de Lima* de 1877 a 1878, en el cual participaron Perú, Argentina, Bolivia, Chile, Costa Rica, Cuba y Venezuela, se suscribieron ya sendos *tratados de extradición y de conflictos de leyes*³³. Sin embargo, los instrumentos han sido ratificados exclusivamente por Perú y Costa Rica³⁴, lo cual se atribuye no solo a la ruptura con sus vecinos del sur al desatarse la Guerra del Pacífico, en 1879, sino fundamentalmente a las discrepancias surgidas en los otros países sobre su contenido³⁵.

10. Ahora bien, el verdadero hito que marca el comienzo de la codificación de la disciplina en el mundo³⁶ emerge del *Primer Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado*, llevado a cabo en Montevideo en 1889. Se suscribieron a la sazón nueve tratados multilaterales sobre la

³¹ Señalan Operti Badán y Fresnedo de Aguirre que «es en América Latina, y no Europa ni Norteamérica, donde se hicieron las primeras tentativas de codificar el Derecho internacional privado, y donde se aprobaron los más antiguos Tratados en vigencia» (OPERTI BADÁN, D. y FRESNEDE DE AGUIRRE, C., *Contratos Comerciales Internacionales*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1997, p. 12). A este respecto, uno puede remontarse al Congreso de Panamá de 1826, convocado por Simón Bolívar en 1824, si bien solo se trató allí de establecer bases para una política exterior común, un pacto de alianza defensiva y un tribunal internacional de justicia. Se habló en aquel entonces de una «pronta iniciación de los trabajos de codificación del Derecho internacional privado». DE MAEKELT, T. B., «La Codificación Interamericana desde la Perspectiva de la Codificación Estatal de Derecho internacional privado», en FERNÁNDEZ ARROYO, D. P. y MASTRÁNGELO, F. (eds.), *El futuro de la codificación del Derecho internacional privado en América. De la CIDIP VI a la CIDIP VII*, Córdoba, Alveroni Ediciones, 2005, p. 28.

³² FERNÁNDEZ ARROYO, D. P., *La Codificación del Derecho Internacional Privado en América Latina*, Madrid, Eurolex, 1994, p. 87.

³³ En principio se había pretendido en Lima uniformar el Derecho sustantivo de los distintos países y solo cuando no fuera posible recurrir al conflictualismo. Otra fue la actitud de Montevideo. DE ARAÚJO, N., *Contratos internacionales*, Río de Janeiro, 2.ª ed., Librería e Editora Renovar Ltda., 2000, pp. 150-151.

³⁴ En Ecuador también fue aprobado el tratado por el Poder Legislativo en 1880, aunque parece que nunca se depositó el instrumento de ratificación. Véase FERNÁNDEZ ARROYO, D. P., *La Codificación del Derecho Internacional Privado en América Latina*, Madrid, Eurolex, 1994, p. 93.

³⁵ La solución conflictual adoptada en Lima fue propiciada por académicos del Perú y luego de Argentina y Uruguay, quienes, acordes con la doctrina en boga al momento en Europa, adoptaron el criterio de la nacionalidad de Mancini. Tal fue uno de los motivos fundamentales de su fracaso, lo cual dejó en claro que propuestas meramente académicas, no vinculadas con la realidad, corren el riesgo de no prosperar, al desatender intereses de otra índole, como los políticos. Debe considerarse que en la época el criterio de nacionalidad obedecía al movimiento migratorio europeo hacia América, con lo cual las personas quedarían vinculadas a sus países de origen a través del estatuto personal (PEREZ-NIETO CASTRO, L., «Las Influencias Recíprocas entre la Codificación Interamericana y los Sistemas de Derecho Internacional Privado», *El Derecho Internacional Privado Interamericano en el umbral del siglo XXI*, Sextas Jornadas de Profesores de Derecho internacional privado, Segovia, 1995, Departamento de Derecho Internacional Público y de Derecho Internacional Privado, Eurolex S. L., Madrid, 1997, pp. 243-244 y 247).

³⁶ RUIZ DÍAZ LABRANO, R., *Derecho Internacional Privado*, La Ley Paraguaya, Thomson Reuters, 2010. Véase también en SILVA ALONSO, R., «La Contratación Internacional en América», *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2002, p. 25.

materia³⁷, ratificados por Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay. Como señala Goldschmidt, estos tratados merecen un aplauso entusiasmado, pues constituyen, con cuarenta años de antelación, la primera codificación internacional del Derecho internacional privado³⁸, con un considerable ámbito de vigencia espacial efectiva que se mantiene incluso hasta hoy día³⁹. En 1940, fueron firmados nuevos tratados en Montevideo⁴⁰, reafirmando las soluciones de 1889, con algunos cambios. Sin embargo, solo fueron ratificados por Argentina, Paraguay y Uruguay.

11. Muchos otros Estados en el continente no incorporaron los Tratados de Montevideo. En cambio, ratificaron la Convención de Derecho Internacional Privado, que anexaba el Código de Derecho Internacional Privado⁴¹, adoptado como resultado de la *Sexta Conferencia Panamericana* desarrollada en La Habana, Cuba, en 1928. Este llamado *Código Bustamante*, en honor al jurista cubano Antonio Sánchez de Bustamante y Sirvén, que lo propició, regula diversas cuestiones de Derecho internacional privado. El Código Bustamante se halla ratificado por varios Estados americanos, como Brasil, Chile y Venezuela, aunque con amplias reservas⁴².

³⁷ 1) Tratado de Derecho Civil Internacional, 12 de febrero de 1889; 2) Tratado de Derecho Comercial Internacional, 12 de febrero de 1889; 3) Tratado de Derecho Penal Internacional, 23 de enero de 1889; 4) Tratado de Derecho Procesal Internacional, 11 de enero de 1889; 5) Convención sobre el Ejercicio de Profesiones Liberales, 4 de febrero de 1889; 6) Tratado sobre Propiedad Literaria y Artística, 11 de enero de 1889; 7) Tratado sobre Marcas de Comercio y de Fábrica, 16 de enero de 1889; 8) Tratado de Patentes de Invención, 13 de febrero de 1889, y 9) Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo sobre Derecho Internacional Privado, 13 de febrero de 1889, disponibles en https://www.oas.org/juridico/mla/sp/traites/sp_traites-ext-arg-bol-per.html.

³⁸ Al cual solo entró en competencia el Código Bustamante de 1928.

³⁹ FERNÁNDEZ ARROYO, D. P., *Derecho Internacional Privado Interamericano, Evolución y Perspectivas*, Santa Fe, Rubinzal - Culzoni Editores, 2000, p. 101.

⁴⁰ 1) Tratado sobre Asilo y Refugio Político, 4 de agosto de 1939; 2) Tratado sobre Propiedad Intelectual, 4 de agosto de 1939; 3) Convención sobre el Ejercicio de Profesiones Liberales, 4 de agosto de 1939; 4) Tratado de Derecho de Navegación Comercial Internacional, 9 de marzo de 1940; 5) Tratado de Derecho Procesal Internacional, 19 de marzo de 1940; 6) Tratado de Derecho Penal Internacional, 19 de marzo de 1940; 7) Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional, 19 de marzo de 1940; 8) Tratado de Derecho Civil Internacional, 19 de marzo de 1940, y 9) Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de Derecho Internacional Privado, 19 de marzo de 1940, disponibles en https://www.oas.org/juridico/mla/sp/traites/sp_traites-ext-arg-bol-per.html.

⁴¹ Convención de Derecho Internacional Privado, que anexó el Código de Derecho Internacional Privado. La Convención fue aprobada el 20 de febrero de 1928 en el Sexto Congreso Panamericano celebrado en La Habana, Cuba; entró en vigor el 25 de noviembre de 1928, 86 LNTS 111, disponible en http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-31_Codigo_Bustamante_firmas.asp.

⁴² Si bien Brasil ha ratificado este código, los académicos de dicho país señalan que prácticamente no se lo tiene en cuenta y raramente se lo menciona en decisiones judiciales. El art. 2 del Tratado al que se encuentra anexado el Código dispone que únicamente se permiten reservas determinadas o especiales. En consecuencia, la interpretación generalmente aceptada por doctrinarios en Venezuela, basada en el Derecho de los tratados, es que el Código solo se aplica a aquellos Estados que lo han ratificado sin reservas (Cuba, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá y Perú) y a los que lo han hecho solamente con ciertas reservas limitadas (Venezuela, Brasil, República Dominicana, Haití y Bahamas). Es por ello que no sería de aplicación en Bolivia, Chile, Costa Rica, Ecuador y El Salvador, ya que estos Estados ratificaron el Código Bustamante con reservas de índole genérica, «siempre que no contradiga la legislación interna», lo que equivale a una ausencia de ratificación (aunque algunos tribunales, por ejemplo en Costa Rica, han aplicado el Código). En Venezuela no se aplica el Código Bustamante respecto de esos Estados. Durante los años que siguieron algunos Estados de la región hicieron esfuerzos para

12. Para mediados del siglo XX existía un sentimiento generalizado de que los documentos mencionados previamente, adoptados en las Américas, resultaban insatisfactorios, primero, debido a las soluciones cuestionables que proponían, y segundo, debido a las divergencias entre los mismos. Para empeorar la situación, algunos Estados americanos —notablemente, aquellos de tradición anglosajona— no habían ratificado ninguno de estos instrumentos. El establecimiento de la OEA en 1948 generó fuertes esperanzas de que la situación finalmente se resolvería. Tras cuidadosas evaluaciones, la OEA decidió en contra de la idea de elaborar un código general como el de Bustamante, y, en su lugar, optó por trabajar en la *codificación gradual* de temas particulares en el ámbito del Derecho internacional privado⁴³.

13. Esta idea empezó a convertirse en realidad en 1975 con la primera *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado* (CIDIP), convocada para adoptar ciertos instrumentos en temas como arbitraje y otros de Derecho comercial y procesal internacional⁴⁴. Hasta la fecha, han sido llevadas a cabo siete CIDIP, las que derivaron en la adopción de 26 *instrumentos internacionales* (incluyendo *convenciones, protocolos, documentos uniformes y leyes modelo*)⁴⁵. La más reciente de estas conferencias —la CIDIP VII— se celebró en 2009, y no se avizoran otras en un futuro al menos próximo⁴⁶.

14. Las *Conferencias Especializadas* pueden convocarse para varios temas, más allá del Derecho internacional privado, a resolución de alguno de los otros órganos de la OEA, como la Asamblea General, la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores o a instancia de alguno de los consejos⁴⁷ u organismos especializados⁴⁸. Pues bien, quizá en parte por los altos costos envueltos en la organización de las mismas, la no convocatoria

incluir en su Derecho interno un reconocimiento expreso del principio de autonomía de la voluntad, como ocurrió, por ejemplo, con las normas de Derecho internacional privado del Código Civil peruano de 1984 (art. 2095).

⁴³ Véanse, por ejemplo, en ARRIGHI, J. M., «El proceso actual de elaboración de normas interamericanas», *Jornadas de Derecho Internacional*, Córdoba, Argentina, organizadas por la Universidad Nacional de Córdoba y la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, Washington, D. C., 2001; VILLALTA, E., «El Derecho Internacional Privado en el Continente Americano», *Los servicios en el Derecho Internacional Privado*, ASADIP y Programa de Pos-Graduacao em Direito da Universidade Federal de Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Brasil, 2014, pp. 23 y ss.

⁴⁴ El Capítulo XVII de la Carta de la OEA se ocupa de las Conferencias Especializadas en los arts. 122 y 123. Por su parte, el art. 53 de dicha Carta establece que la Organización de los Estados Americanos realiza sus fines por medio de, entre otros, las Conferencias Especializadas. Véase el art. 53.g) de la Carta de la OEA en su Capítulo VIII: «De los Órganos».

⁴⁵ Véase http://www.oas.org/dil/esp/derecho_internacional_privado_conferencias.htm.

⁴⁶ NEGRO ALVARADO, D. M., *op. cit.*, nota 2, p. 721.

⁴⁷ La Carta de la OEA en su art. 70 establece dos consejos, a saber, el Consejo Permanente y el Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral.

⁴⁸ También pueden reunirse por iniciativa propia. NEGRO ALVARADO, D. M., *op. cit.*, nota 2, p. 720. Los Organismos Especializados son el Instituto Indigenista Interamericano (III), la Organización Panamericana de la Salud (OPS), el Instituto Interamericano para la Cooperación en la Agricultura (IICA), la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM), el Instituto Panamericano de Geografía e Historia (IPGH), y el Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes (IIN).

de estas conferencias en años recientes alcanza también a otras materias, más allá del Derecho internacional privado. Además, con el paso del tiempo, otros órganos y mecanismos, como la Asamblea General, por citar un ejemplo, vienen absorbiendo sus funciones⁴⁹.

15. Uno de esos órganos, el Comité Jurídico Interamericano, se muestra muy activo en los últimos años en materia iusprivatista internacional. Sus instrumentos, de valía por sí solos, son remitidos a instancias políticas de la organización, como la Asamblea General de la OEA, a través de la cual reciben el respaldo de los Estados miembros⁵⁰. Si bien el Comité Jurídico Interamericano puede avanzar propuestas de convenciones, recientemente viene generando numerosos textos de «derecho blando» o *soft law*, a través de los cuales sigue avanzando en su labor codificadora⁵¹.

3. EL DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS EN LOS TRATADOS AMERICANOS

16. Se encuentran aún hoy vigentes en el continente, tratados con soluciones divergentes, cuyos textos en muchos casos resultan anacrónicos o inapropiados para regir el derecho aplicable a la contratación internacional. Uno de los *Tratados de Montevideo* de 1889, el de *Derecho Civil Internacional*, específicamente aborda la cuestión de elección del derecho aplicable, aunque adoptando soluciones altamente controversiales en cuanto a la ausencia de elección, y guardando silencio en relación a la autonomía de las partes⁵². En el análogo tratado de 1940, se reafirmaron las antiguas soluciones con respecto a la ausencia de elección del derecho aplicable, y se adoptó una regla general —con excepciones— de la aplicabilidad del derecho del lugar de cumplimiento. Además, estos nuevos tratados dispusieron que cada Estado debería determinar por su cuenta la aceptación o no— del principio de autonomía de las partes, una cuestión que, ante la ausencia de provisiones claras a ese efecto en legislaciones domésticas, se tornó muy controvertida en Brasil⁵³, Paraguay⁵⁴ y Uruguay⁵⁵.

⁴⁹ NEGRO ALVARADO, D. M., *op. cit.*, nota 2, p. 721.

⁵⁰ Puede citarse a modo de ejemplo que en 2011 el CJI incorporó a su programa de trabajo el tema de las sociedades por acciones simplificada, y que en 2012 aprobó, mediante una resolución, un proyecto de Ley modelo sobre sociedad por acciones simplificada, que se remitió al Consejo Permanente. Informe Anual del [CJI] al 43 Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General, OEA/Ser.G/CP/doc.4826/13, 20 de febrero de 2013. Finalmente, en 2017 la Asamblea General de la OEA tomó nota y aprobó la resolución AG/RES. 2906 (XLVII-O/17), Ley modelo sobre sociedad por acciones simplificada.

⁵¹ NEGRO ALVARADO, D. M., *op. cit.*, nota 2, p. 729.

⁵² Sobre las críticas, véase, por ejemplo, en HARGAIN, D. y MIHALI, G., *Régimen Jurídico de la Contratación Mercantil Internacional en el MERCOSUR*, en FAIRA, J. C. (ed.), Montevideo-Buenos Aires, Julio Cesar Fairas, 1993, pp. 31 y 39. Sobre el problema de la autonomía de la voluntad en los Tratados de 1889, véase SANTOS BELANDRO, R., *El Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*, 2.^a ed., Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1998, pp. 55-56.

⁵³ DE ARAÚJO, N., *Contratos Internacionais*, 2.^a ed., Río de Janeiro, Librería e Editora Renovar Ltda., 2000, pp. 320-324.

(Véanse notas 54 y 55 en página siguiente)

17. El *Código Bustamante* de 1928, en su regulación del derecho aplicable a la contratación internacional, ofrece una solución distinta ante la ausencia de elección del derecho, a saber, la aplicabilidad del derecho del lugar de celebración. Así también, el instrumento ha levantado muchas interrogantes con relación a si consagra o no la autonomía de la voluntad⁵⁶.

18. Amén de falencias ínsitas en ellos, los Tratados de Montevideo y el Código Bustamante lejos estuvieron de alcanzar su objetivo homogeneizador en materia del derecho aplicable a la contratación internacional, ante la dispar suerte corrida por su ratificación en distintos países de la región, además del excesivo número de reservas hechas por varios Estados.

19. La OEA tomó acción apuntando a enmendar la situación. Pese a lo acuciante del problema, recién lo hizo en la CIDIP V, llevada a cabo en Ciudad de México en el año 1994. El instrumento resultante fue la *Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*, conocida comúnmente como la «Convención de México»⁵⁷. Este documento claramente reconoce la autonomía de las partes (art. 7) y, en ausencia de elección, prevé la fórmula de la «conexión más cercana» (art. 8), la cual puede llevar tanto a la aplicación del derecho nacional como del derecho no estatal⁵⁸. En todo caso —haya habido o no elección— la Convención de México aboga por la aplicación flexible del derecho si la equidad así lo requiere⁵⁹.

20. El instrumento europeo comparable, conocido como el *Convenio de Roma* de 1980, ha gozado de un destino distinto⁶⁰. Este documento, adop-

⁵⁴ Véase JOSÉ MORENO RODRÍGUEZ, A., «La autonomía de la Voluntad en el Derecho Internacional Privado Paraguayo», *Libro Homenaje a Tatiana Maekelt*, Asunción, CEDEP, 2010, pp. 409 y ss.

⁵⁵ Puede verse un amplio recuento en FRESNEDO DE AGUIRRE, C., *La autonomía de la voluntad en la contratación internacional*, Montevideo, FCU, 1991. Actualmente, existe un giro importante en este tema, analizado en perspectiva más amplia en el siguiente excelente trabajo: OPERTTI BADÁN, D., «El Derecho Internacional Privado en tiempos de globalización», *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*, año VI, núm. 6, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2005.

⁵⁶ Queda abierto hasta hoy el debate a este respecto, aunque no caben dudas de que en el Código Bustamante sí se admite la autonomía para designar expresa o tácitamente al juez competente para dirimir controversias, en tanto al menos uno de los litigantes tenga nacionalidad o domicilio en el país y en tanto no exista un «Derecho local contrario», FERNÁNDEZ ARROYO, D. P., «Acerca de la Necesidad y las Posibilidades de una Convención Interamericana sobre Competencia Judicial en Casos de Derecho Internacional Privado», *Liber Amicorum en homenaje al Profesor Dr. Didier Opertti Badán*, Montevideo, FCU, 2005, pp. 120-121.

⁵⁷ Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales. Suscrita en Ciudad de México, México, el 17 de marzo de 1994, en la 5.ª Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado; entró en vigor el 15 de diciembre de 1996, disponible en <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-56.html>.

⁵⁸ La guía de la OEA clarifica este punto en su Parte 6.^a

⁵⁹ Al respecto, el art. 10 de la Convención de México señala cuanto sigue: «Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, los usos de comercio y los principios de la contratación preponderantes en el Derecho comparado, con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto».

⁶⁰ El Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, conocido como «Convenio de Roma», acompañado de un informe oficial para facilitar su interpretación, entró en vigor en 1991. Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, Roma, 19 de junio de 1980, 19 ILM 1492; [1980] OJ L266/1.

tado por varios Estados, fue convertido en Reglamento Comunitario 593 de 2008 (llamado *Roma I*)⁶¹, lo cual lo hizo aplicable —inicialmente con algunas excepciones— a toda la Unión Europea. Así como la Convención de México, los textos europeos resuelven la cuestión en favor de la autonomía de las partes. Ante la ausencia de elección, contienen soluciones no exentas de controversias que favorecen el lugar de la prestación característica⁶², y, además —contrariamente al instrumento interamericano— queda finalmente descartada la aplicabilidad del derecho no estatal, salvo su incorporación por referencia⁶³.

4. EL APORTE DE LOS PRINCIPIOS DE LA HAYA

21. El Convenio de Roma se tornó relevante no solo por su adopción por el bloque europeo, sino también debido a su influencia en la Convención de México en las Américas y, más recientemente, en el instrumento que aborda la cuestión a una escala global, a saber, los *Principios sobre la Elección del Derecho Aplicable en materia de Contratos Comerciales Internacionales*, conocidos como los «Principios de La Haya», aprobados en 2015⁶⁴.

22. La Conferencia de La Haya, convocada por primera vez en 1893, se reunió hasta la Segunda Guerra Mundial en seis ocasiones. En la séptima sesión de 1951 quedó conformada como organización, con el objetivo de lograr «la unificación progresiva de las normas de Derecho internacional privado». La conforman más de 80 Estados, además de la Unión Europea, y constituye hoy por hoy, sin lugar a dudas, el organismo de mayor prestigio en materia de codificación del Derecho internacional privado «conflictualista», como así también en temas de cooperación judicial internacional.

⁶¹ Reglamento (del Parlamento Europeo y del Consejo) sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, 17 de junio de 2008, 593/2008/EC; [2008] OJ L177/6. El Reglamento Roma I es vinculante para todos los Estados miembros de la Unión Europea salvo Dinamarca, en donde sigue siendo aplicable el Convenio de Roma.

⁶² Véase BERMAN, G. A., «Rome I: A Comparative View», en FERRARI, F. y LEIBLE, S. (eds.), *Rome I Regulation, The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Múnich, Sellier, 2009, p. 350.

⁶³ Esto surge claramente luego de Roma I. Véanse críticas a esto en BONELL, M. J., «El reglamento CE 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales ("Roma I") - Es decir, una ocasión perdida», en BASEDOW, J., FERNÁNDEZ ARROYO, D. P. y MORENO RODRÍGUEZ, J. A. (eds.), *Cómo se Codifica hoy el Derecho Comercial Internacional*, CEDEP y La Ley Paraguaya, 2010. El Convenio de Roma no había resuelto esta cuestión, y se decía a su respecto que la elección solo podía recaer en un Derecho estatal, salvo la incorporación por remisión. Así se expresaba Paul Lagarde y la doctrina que lo sigue (CALVO CARAVACA, A.-L. y CARRASCOA GONZÁLEZ, J., «El Convenio de Roma sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales de 19 de junio de 1980», en CALVO CARAVACA, A.-L. y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. (dirs.), BLANCO-MORALES LIMONES, P. (coord.), *Contratos Internacionales*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 78.

⁶⁴ Principios sobre la Elección del Derecho Aplicable en materia de Contratos Comerciales Internacionales. Aprobados el 19 de marzo de 2015. Texto disponible en <https://assets.hcch.net/docs/21356f80-f371-4769-af20-a5e70646554b.pdf>. Véase al respecto, *inter alia*, el siguiente artículo: MORENO RODRÍGUEZ, J. A., «Principios de La Haya: ¡Al fin una solución universal para problemas de derecho aplicable a la contratación internacional!», *Revista de Derecho Privado y Comunitario de la Argentina*, Rubinzal-Culzoni, 2017, disponible en http://jmoreno.info/v1/?page_id=461.

23. Pues bien, el éxito del Convenio de Roma llevó a la Conferencia de La Haya a encarar estudios de viabilidad a inicios de la década de 1980 sobre la posibilidad de adoptar un instrumento similar a escala global⁶⁵. Este emprendimiento fue descartado tras haberse considerado las dificultades de obtenerse una ratificación masiva del texto propuesto, cuya falta haría del proyecto un fracaso⁶⁶. Sin embargo, la cuestión fue revisitada en años recientes, y los estudios de viabilidad que se llevaron a cabo entre el 2005 y 2009 indicaron que tal vez un tipo de instrumento diferente podría resultar exitoso y efectivo⁶⁷. Con este propósito, se convino en 2009 un Grupo de Trabajo⁶⁸, el cual avanzó en la idea de —en vez de pretender la adopción de un tratado o instrumento de derecho duro— elaborar un instrumento de derecho blando, inspirado en cuanto a su técnica de redacción en los *Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales* («Principios UNIDROIT»)⁶⁹ elaborados por el Instituto de Roma, conocido también por su acrónimo francés UNIDROIT⁷⁰.

24. Como consecuencia, tanto los Principios UNIDROIT como los de La Haya contienen un preámbulo, reglas o «principios» —como se los llama—⁷¹, y comentarios e ilustraciones, cuando necesarios⁷². En tanto los primeros desarrollan cuestiones de derecho sustantivo, los *Principios de La Haya* —como

⁶⁵ Ya en 1972 había existido una propuesta de parte de Estados Unidos para una regulación de este tema en el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

⁶⁶ Véase PERTEGÁS, M. y RADIC, I., «Elección de la ley aplicable a los contratos del comercio internacional. ¿Principios de La Haya?», en BASEDOW, J., FERNÁNDEZ ARROYO, D. P. y MORENO RODRÍGUEZ, J. A., *op. cit.*, nota 63, p. 341.

⁶⁷ Puede accederse a los trabajos preparatorios a través del sitio www.hcch.net.

⁶⁸ N. B. Cohen (Estados Unidos); The Hon. Justice Clyde Croft (Australia); S. E. Darankoum (Canadá); A. Dickinson (Australia); A. S. El Koshery (Egipto); B. Fauvarque-Cosson (Francia); L. G. E. Souza Jr. (Brasil); F. J. Garcimartín Alférez (España); D. Girsberger (Suiza); Y. Guo (China); M. E. Koppenol-Laforce (Países Bajos); D. Martiny (Alemania); C. McLachlan (Nueva Zelanda); J. A. Moreno Rodríguez (Paraguay); J. L. Neels (Sudáfrica); Y. Nishitani (Alemania); R. F. Oppong (Reino Unido); G. Saumier (Canadá), e I. Zykin (Rusia). Como observadores se designó a los siguientes miembros: M. J. Bonell (UNIDROIT); F. Bortolotti (Cámara de Comercio Internacional); T. Lemay (CNUDMI); F. Mazza (Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional); K. Reichert (International Bar Association) y P. Werner (International Swaps and Derivatives Association). Más adelante se sumaron al Grupo de Trabajo T. Kadner Graziano (Suiza) y S. Symeonides (Chipre), este último de dilatada trayectoria en el Derecho norteamericano.

⁶⁹ La última versión de estos principios se encuentra disponible en <https://www.unidroit.org/unidroit-principles-2016/unidroit-principles-2016-overview/spanish-black-letter>.

⁷⁰ Véase www.unidroit.org.

⁷¹ El término «principios» se encuentra utilizado en distintos contextos y con diferentes connotaciones, sobre las cuales no existe, en absoluto, consenso en doctrina. A veces se lo emplea como sinónimo de reglas que no tienen la fuerza de ley, tal cual aparece en los Principios UNIDROIT.

⁷² El suceso de la técnica de redacción de los Principios UNIDROIT de Derecho contractual llevó a la Conferencia de La Haya a seguir este mecanismo, después de considerar las dificultades de redactar un tratado internacional o texto de «Derecho duro». Se lee en el reporte de la Oficina de La Haya que ello se justifica por varios motivos. Por ejemplo, resulta inviable obtener un número importante de Estados que suscriban un acuerdo de voluntades sobre esta materia. Muchos de ellos ya se encuentran vinculados por un instrumento regional y no sienten la necesidad de invertir esfuerzos en un proyecto de alcance internacional. Se esgrimen también otros argumentos para recurrir a un instrumento no vinculante. Reporte de Oficina Permanente, reproducido en BASEDOW, J., FERNÁNDEZ ARROYO, D. P. y MORENO RODRÍGUEZ, J. A., *op. cit.*, nota 63, p. 347.

son comúnmente referidos— se limitan a tratar cuestiones de elección de derecho aplicable, específicamente en relación a la autonomía de las partes. La cuestión de la ausencia de elección no fue abordada en los Principios de La Haya, debido a que ello hubiese hecho del proyecto uno demasiado ambicioso y quizá también porque tendría poco sentido regular el tema en un instrumento de «derecho blando»⁷³.

25. Dado que los Principios de La Haya no están destinados a ser adoptados formalmente por Estados, su aplicabilidad normalmente será el resultado de su selección por las partes como derecho aplicable, en ejercicio de la autonomía de la voluntad. Sin lugar a dudas, también se prevén otras formas de aplicación de los Principios de La Haya, notablemente como un modelo para legisladores y como herramienta de interpretación para jueces y árbitros, lo que podría justificar su futura ampliación. Sin embargo —está visto—, la versión actual de los Principios —adoptada en primer lugar por una sesión diplomática de la Comisión Especial en el 2012⁷⁴, y luego por una resolución del Consejo en el 2014—⁷⁵ solo desarrolla cuestiones relacionadas a la selección del derecho por las partes y su límite marcado por el orden público.

26. Los Principios de La Haya, bien recibidos en prestigiosos círculos internacionales⁷⁶, han sido citados por una Corte de Apelaciones Argentina como herramienta interpretativa⁷⁷ y han influido de manera notoria legislación en Paraguay (Ley 5393 de 2015)⁷⁸, así como una propuesta de reforma al derecho australiano en la materia⁷⁹, e iniciativas recientes como en Brasil⁸⁰ y

⁷³ Esto fue discutido ampliamente en las deliberaciones del Grupo de Trabajo en La Haya, de las que fui parte.

⁷⁴ Disponible en http://www.hcch.net/upload/wop/contracts_rpt2012e.pdf.

⁷⁵ Disponible en http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=135.

⁷⁶ Ello si bien la admisión del Derecho no estatal en los Principios de La Haya se encontró con los resentimientos de una coalición de «hombres del ayer». SYMEONIDES, S. C., *Codifying Choice of Law Around the World, An International Comparative Analysis*, Nueva York, Oxford University Press, 2014, p. 143. Algunos critican la admisión en sí del Derecho no estatal en el instrumento (MICHAELS, R., *Non-State Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts*, 2014, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2386186, V a y b, y VI), en tanto que otros cuestionan el cambio introducido por la sesión de la Comisión Especial en La Haya de 2012 que alteró la propuesta del Grupo de Trabajo (DICKINSON, A., «A principled approach to choice of law in contract», *Journal of International Banking and Financial Law*, vol. 2, 2013, p. 152).

⁷⁷ D. G. Belgrano S. A. v. Procter & Gamble Argentina S. R. L. [2013] *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A*. Este precedente es incluso anterior a la aprobación del texto final de los Principios de La Haya, por lo que la referencia está hecha a un borrador del mismo.

⁷⁸ Sobre esta ley, de mi autoría, he escrito en algunas publicaciones, y la más reciente es: MORENO RODRÍGUEZ, J. A., «The new Paraguayan Law on international contracts: back to the past?», en UNIDROIT (ed.), *Eppur si muove: The age of Uniform Law - Festschrift for Michael Joachim Bonell, to celebrate his 70th birthday*, 2016.

⁷⁹ Véase DOUGLAS, M. y LOADSMAN, N., «The Impact of the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts», *Melbourne Journal of International Law*, vol. 19, 2018, núm. 1, disponible en <https://ssrn.com/abstract=3230515>.

⁸⁰ Senado Federal, Projeto de Lei N° 1038, de 2020, Altera o art. 9o do Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro), para introduzir a adoção integral do princípio da autonomia da vontade nos contratos internacionais.

Argentina⁸¹ — en cuyo país en noviembre de 2018 una comisión, creada por el gobierno, presentó ante el Ministerio de Justicia un proyecto de propuesta de reforma de su Código Civil y Comercial—⁸².

5. LA IDEA DE UNA GUÍA DE LA OEA

27. Más de dos décadas transcurrieron desde la adopción de la Convención de México y, por supuesto, los Principios de La Haya también incorporaron desarrollos subsiguientes que allanaron el camino para soluciones nuevas, como, por ejemplo, la separabilidad de la cláusula de elección de derecho con respecto al contrato principal, cuya ineficacia, por tanto, no la afectará. Más aún, los Principios de La Haya avanzaron en ciertas cuestiones que, en la elaboración del texto interamericano, resultaron objeto de compromiso en las complejas negociaciones para la adopción del tratado. Esta situación se dio, particularmente, con relación al derecho no estatal.

28. Ello planteó interrogantes como los siguientes: ¿Qué debía seguir para las Américas? ¿Debía insistirse con obtenerse mayores ratificaciones a la Convención de México? ¿Debería modificarse dicha Convención, tomándose en consideración los nuevos desarrollos? ¿Debería prepararse una ley modelo? La última pregunta ganó particular impulso tras la promulgación en 2015 de la nueva ley paraguaya núm. 5.393 sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales, inspirada tanto en los Principios de La Haya como en la Convención de México.

29. El Comité Jurídico Interamericano analizó las distintas alternativas tras circular un cuestionario entre los Estados miembros de la organización y especialistas reconocidos del Derecho internacional privado. Las respuestas reflejan la percepción de que, evidentemente, los Principios de La Haya han llegado más lejos que la Convención de México y que sus disposiciones podrían servir para enmendar el documento interamericano⁸³.

30. Sin embargo, considerando que la Convención de México, elaborada en el año 1994, ha recibido solamente dos ratificaciones, la verdadera pregunta fue si un proceso para llegar a un convenio nuevo y revisado valdría el

⁸¹ Argentina reemplazó su Código Civil y de Comercio por un nuevo Código Civil y Comercial que incluye todo un capítulo de Derecho internacional privado con varias disposiciones sobre contratos internacionales. El Código fue aprobado por Ley núm. 26.994, de 7 de octubre de 2014, y entró en vigor el 1 de agosto de 2015.

⁸² Resulta significativo que el proyecto propone sustituir el texto actual del art. 2651(d) del Código Civil por el siguiente artículo, inspirado en los Principios de La Haya: «La elección puede recaer en normas de Derecho de origen no estatal, generalmente aceptadas como un conjunto de normas neutrales y equilibradas». El texto de la propuesta se encuentra disponible en <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2018/11/Legislacion3875.pdf>.

⁸³ La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a Contratos Internacionales y el Avance de sus Principios en las Américas, Documento preparado por el Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos, disponible en www.asadip.org/v2/?p=5535.

esfuerzo. Una respuesta fue que dicho documento mejorado podría ser mejor recibido por la comunidad jurídica de las Américas y, además, que ello daría la oportunidad de corregir la traducción al inglés del instrumento original, la cual fue criticada por juristas angloparlantes. Pero el proceso de negociación y aprobación de una convención resulta muy complicado y costoso, mientras que otros tipos de instrumentos —como leyes modelo y guías legislativas— han demostrado ser medios efectivos para armonizar soluciones de Derecho internacional privado.

31. Entonces, una ley modelo o una guía legislativa emergieron como buenas ideas alternativas, más aún considerando que, a diferencia de un texto de «derecho duro», no se requeriría así pasar por el costoso y engorroso proceso de adopción diplomática, atendiendo a que el Comité Jurídico Interamericano tiene entre sus facultades la de elaborar instrumentos de «Derecho blando». Pero ¿por qué simplemente una guía «legislativa»? ¿Por qué no una guía que sirva también para jueces, árbitros, partes contratantes y académicos?

32. Con esto último se logra contar, de buenas a primeras, con un instrumento educacional. Esto no es algo menor, considerando que una de las razones por la cual la Convención de México vino encontrando fuerte resistencia obedece a la falta de información con relación a su contenido e implicaciones. Una guía podría superar este obstáculo, y así ayudar a los Estados miembros de la OEA que estén considerando su ratificación. Por supuesto, la guía será una herramienta disponible para legisladores que estén considerando modernizar sus regulaciones domésticas en sintonía con los Principios de La Haya y la Convención de México⁸⁴.

33. Finalmente, la guía puede erigirse en una poderosa herramienta interpretativa en manos de jueces, árbitros y partes contratantes, considerando las incertidumbres alarmantes que todavía persisten en el tema. Se trata, en definitiva, de una propuesta de formulación actual del derecho aplicable a

⁸⁴ En cuanto a los mecanismos de recepción, en lugar de la ratificación de un tratado, podría recurrirse a la «incorporación por referencia», como lo hizo Uruguay cuando en una ley adoptó las reglas de interpretación de diversos artículos del Tratado de Derecho Civil de Montevideo. O directamente podría apelarse a la «incorporación material», que supone la transcripción íntegra del tratado en un texto legislativo interno. Venezuela aun fue por otro camino: incorporó los principios informadores de la Convención de México en su Ley de Derecho Internacional Privado de 1998, con lo que ellos tienen aplicación residual. Vale decir, no se copió literalmente el instrumento convencional, sino se lo tomó como base para la regulación interna en materia de contratos internacionales. A la vez, las disposiciones no incorporadas textualmente, o recogidas en sus principios, se servirán del contenido íntegro de los demás preceptos de la Convención de México a fin de interpretar su sentido o complementar a las reglas recogidas en la legislación autónoma. HERNÁNDEZ-BRETÓN, E., «La Convención de México (CIDIP V, 1994) como modelo para la actualización de los sistemas nacionales de contratación internacional en América Latina», *DeCITA 9, Derecho del comercio internacional, temas y actualidades*, Asunción, CEDEP, 2008, pp. 186-187. Sobre las soluciones de la ley venezolana, puede consultarse la siguiente obra de MAEKELT, T. B., RESENDE, C. y ÉSIS VILLARROEL, I., *Ley de Derecho Internacional Privado Comentada*, tt. I y II, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2005. En particular, en el t. II, los trabajos de OCHOA MUÑOZ, J. y ROMERO, F., sobre el derecho aplicable a la contratación internacional y la *lex mercatoria* (pp. 739-832).

los contratos comerciales internacionales para las Américas con base en los principios fundamentales de la Convención de México y la incorporación de desarrollos subsiguientes en la materia, especialmente aquellos plasmados en los Principios de La Haya.

6. EL PROCESO DE ELABORACIÓN DE LA GUÍA DE LA OEA

34. En el año 2015, *dos acontecimientos* claves dieron inicio al proceso de elaboración de la guía de la OEA dentro del Comité Jurídico Interamericano, a saber: la adopción de los *Principios de La Haya* y la promulgación de la *nueva ley paraguaya sobre contratos internacionales*.

35. Esta última sirve como modelo de cómo los Principios de La Haya y la Convención de México pueden interactuar espléndidamente. En lo que respecta a la selección del Derecho, el legislador paraguayo entendió que los Principios de La Haya se encontraban alineados, pero representan un avance sobre el texto de la Convención de México, muchos años luego de su entrada en vigor. Y entre otros usos, los Principios de La Haya tienen como objetivo precisamente servir como modelo a los legisladores. La membresía en la Conferencia de La Haya incluye a 14 Estados miembros de la OEA⁸⁵, y en el grupo de trabajo que redactó el documento se encontraban representantes de la región⁸⁶. Consecuentemente, podría decirse que los Principios de La Haya reflejan una incorporación de perspectivas de las Américas. Sin embargo, dichos principios solo se aplican en materia de selección del derecho aplicable a los contratos internacionales; los mismos no cubren casos en los que no hubo selección del derecho. Y en este tema, el legislador paraguayo siguió a la Convención de México.

36. Inmediatamente luego de estos acontecimientos, y a la luz de ellos —según puede leerse en la iniciativa de la Dra. Elizabeth Villalta presentada en el mismo año 2015 al seno del Comité Jurídico Interamericano que integraba—, el Departamento de Derecho Internacional de la OEA procedió a enviar un cuestionario a los gobiernos de las Américas con respecto al tema de contratación internacional⁸⁷. Estas respuestas derivaron en que el Comité y el referido Departamento elaboraran un informe sobre el estado de la cuestión⁸⁸. Se decidió finalmente avanzar en la elaboración de una guía, a cuyo efecto el aludido departamento elaboró una sinopsis bien completa incluyen-

⁸⁵ Varios de ellos representados en la sesión diplomática que recomendó la aprobación del documento. La reunión de la Comisión Especial sobre Elección de Derecho en Contratos Internacionales se llevó a cabo el 16 de noviembre del 2012; el reporte se encuentra en <https://assets.hcch.net/docs/735cb368-c681-4338-ae8c-8c911ba7ad0c.pdf>.

⁸⁶ L. G. E. Souza Jr. (Brasil) y J. A. Moreno Rodríguez (Paraguay).

⁸⁷ «Cuestionario referente a la aplicación de las Convenciones Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado», documento CJI/doc.481/15.

⁸⁸ «La Convención interamericana sobre derecho aplicable a contratos internacionales y el avance de sus principios en las Américas», Documento OEA/SG, DDI/doc.3/16; véase también el documento «El derecho aplicable a los contratos internacionales», documento OEA/Ser:Q, CJI/doc.487/15 rev.1.

do diversas cuestiones a ser tratadas, incluyéndose allí información relevante de varios juristas de la región que gentilmente comprometieron su apoyo con respecto a sus derechos nacionales⁸⁹. Así también, la Dra. Elizabeth Villalta elaboró un comparativo entre la Convención de México de 1994 y los Principios de La Haya, ambos sobre contratos internacionales, lo cual también resultó muy útil como material preparatorio⁹⁰.

37. Contando con el apoyo de todos estos insumos, y con el permanente acompañamiento del Departamento de Derecho Internacional de la OEA⁹¹, bajo relatoría del Dr. José A. Moreno Rodríguez se procedió a redactar un primer borrador de guía, en español. Dicho material se tradujo al inglés por el equipo de traducción de la OEA para ser considerado en la sesión de agosto de 2017 del Comité Jurídico Interamericano⁹². En ella, se debatió acerca del trabajo presentado, y se formularon comentarios a la labor realizada⁹³. Particularmente, se solicitó que la guía fuera bien explícita sobre las cuestiones en las que existe mayormente consenso y sobre aquellas a cuyo respecto se plantean soluciones divergentes, fijándose en este último caso posiciones o recomendaciones bien concretas. Finalmente, en febrero de 2019 se presentó a la sesión del Comité Jurídico Interamericano el segundo borrador de la guía, que fue objeto de aprobación final⁹⁴.

38. La guía tiene presentes, de manera recurrente, los principales instrumentos existentes en el tema que trata, como el reglamento europeo Roma I, y particularmente la Convención de México y los Principios de La Haya. Las disposiciones de estos instrumentos, e incluso algunos comentarios de los Principios de La Haya, se hallan muchas veces copiados literalmente en el texto de la guía a fin de no perderse fidelidad a los mismos. En lo relativo específicamente al derecho aplicable al arbitraje, la guía tuvo en cuenta particularmente la *Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958*⁹⁵. La guía también hace continua referencia a la *Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI* de 2005, enmendada

⁸⁹ «Fomentación del derecho contractual internacional en las Américas - Un guía a los principios jurídicos», documento OEA/Ser.Q, CJI/doc XX/16.

⁹⁰ «El derecho aplicable a los contratos internacionales», documento CJI/doc.464/14 rev.1.

⁹¹ Encabezado por el jurista Dante Negro, y con una dedicación de tiempo muy importante asignada al proyecto y una participación y aportes importantes de la también jurista Jeannette Tramhel, que ha contado además con la asistencia de colaboradores dentro de esa dependencia.

⁹² La cuestión de la guía en materia de contratación internacional vino siendo tratada en sesiones del Comité Jurídico de marzo de 2016 en Washington, y octubre de 2016 y marzo de 2017 en Río de Janeiro.

⁹³ La guía cuenta con menos páginas que las inicialmente pensadas, considerándose la extensión del tema y también que muchas guías aprobadas por organismos codificadores universales cuentan con bastante mayor extensión. Ha sido orientación dada por el Comité Jurídico Interamericano de que el documento resultara lo más breve y sencillo posible. Tal objetivo fue perseguido para la elaboración del texto que, por lo demás, evita en lo posible tecnicismos exagerados o continuas remisiones o incluso notas al pie, salvo las consideradas estrictamente necesarias.

⁹⁴ Véase <http://www.oas.org/es/49ag>.

⁹⁵ Con más de 160 ratificaciones a la fecha, la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros fue firmada el 10 de junio de 1958, entrando en vigor el 7 de junio de 1959. 330 UNTS 3. Actualmente disponible en http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html.

en 2006⁹⁶. La Convención de Nueva York fue ratificada por casi todos los Estados de las Américas⁹⁷, y la Ley Modelo de la CNUDMI ha promovido la armonización e inspirado reformas jurídicas a lo largo del continente⁹⁸.

39. En su proceso de elaboración, la guía se benefició con importantes comentarios emitidos por numerosos juristas⁹⁹ y organizaciones¹⁰⁰. Diversos aportes provienen también de connotados árbitros o académicos relacionados al mundo del arbitraje¹⁰¹. Varios de los juristas consultados son, además, autoridades y miembros de la prestigiosa Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP), que aglutina a máximos especialistas de la materia en la región. Por declaración fechada el 10 de enero de 2019, la ASADIP expresó apoyo al Borrador de la guía, según Mandato de su Asamblea General de fecha 9 de noviembre de 2018. Dicha declaración fue reafirmada el 4 de marzo de 2019, ocasión en la cual ASADIP le brindó su apoyo final¹⁰².

7. CONCLUSIÓN

40. El comercio internacional se dinamiza valiéndose del contrato. Paradójica e inconcebiblemente, el problema del derecho aplicable a los conve-

⁹⁶ Véase https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf.

⁹⁷ Las excepciones son Belice, Granada, San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía y Surinam.

⁹⁸ Ley Modelo de la CNUDMI, disponible en http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html. Legislaciones basadas en la Ley Modelo fueron adoptadas en los distintos Estados miembros de la OEA: Canadá (federalmente y en todas sus provincias y territorios), Chile, Costa Rica, República Dominicana, Guatemala, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Perú, Estados Unidos (algunos estados) y Venezuela. Asimismo, Argentina ha avanzado hacia una nueva legislación (Ley de Arbitraje, aprobada el 26 de julio de 2018). Uruguay también aprobó una legislación que adopta la Ley Modelo, disponible en <http://ciarglobal.com/uruguay-aprobado-por-el-senado-el-proyecto-de-ley-de-arbitraje-comercial-internacional>.

⁹⁹ Entre ellos, Hans Van Loon, Daniel Girsberger, Jürgen Samtleben, Diego Fernández Arroyo, Joachim Bonell, Geneviève Saumier, Alejandro Garro Marta Pertegás, Luca Castellani, Anna Veneziano, Paula All, Neale Bergman, Brooke Marshall, María Blanca Noodt Taquela, Nádía de Araújo, Cristian Giménez Corte, Laura Gama, Frederico Glitz, Valerie Simard, Jaime Gallegos, Ignacio García, Francisco Grob D., Antonio Agustín Aljure Salame, Lenin Navarro Moreno, Elizabeth Villalta, Pedro Mendoza, Nuria González, Mercedes Albornoz, Jan L. Neels, David Stewart, Antonio F. Pérez, Soterios Loizou, Cecilia Fresnedo, Claudia Madrid Martes, Eugenio Hernández Bretón, Gustavo Moser, Anayansy Rojas, Spiros Bazinas y José Manuel Canelas, juristas de la *American Bar Association (Section on International Law)* también proveyó valiosos comentarios, al igual que el Departamento de Justicia de Canadá.

¹⁰⁰ El borrador de la Guía fue considerado por la CNUDMI, UNIDROIT, y la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Debe tenerse presente que en su tercera sesión plenaria, celebrada el 21 de junio de 2017, la propia asamblea general de la OEA había encomendado «al Departamento de Derecho internacional que promueva una mayor difusión del Derecho internacional privado entre los Estados miembros, en colaboración con los organismos y asociaciones que trabajan en este ámbito; entre otros, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) y la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP)» (AG/RES. 2909 (XLVII-O/17)). Las distintas colaboraciones recibidas de estas organizaciones o sus integrantes se enmarca, pues, dentro del espíritu del mandato asambleario arriba referido.

¹⁰¹ Además, comentaron también el documento los siguientes reconocidos exponentes del mundo arbitral: Felipe Ossa, Francisco González de Cossío, Alfredo Bullard, Fernando Cantuarias Salaverry, Roger Rubio y Dyalá Jiménez Figueres.

¹⁰² Disponible en <http://www.asadip.org/v2/?p=6245>.

nios transfronterizos registra, hasta hoy día, severos anacronismos en varias regiones del mundo¹⁰³. La cuestión solo ha sido abordada recientemente a nivel universal, con los Principios de La Haya aprobados en 2015. Queda todavía, empero, mucha tela que cortar para la implementación efectiva de sus soluciones a lo ancho del orbe.

41. Las Américas estuvieron a la vanguardia en la regulación convencional del tema, pues ya lo hicieron con los Tratados de Montevideo de 1889, y luego nuevamente de 1940, como así también con el llamado Código Bustamante de 1928. Se adelantó así la región en casi cien años a Europa, que recién en 1980 contó con una regulación convencional —luego convertida en 2008 en el Reglamento Comunitario conocido como Roma I—. Nuevamente en las Américas, y ya bajo el ejido de la OEA, avanzó en este tema la Convención de México de 1994, muy prestigiosa en respetados círculos internacionales.

42. Pero esto no debe llevar a uno a engaños. Los primeros tratados americanos no solo contienen soluciones controversiales, sino además incompatibles en aspectos importantes las unas con las otras, amén de otros problemas. Y el texto más reciente de la Convención de México, pese a sus aciertos, ha logrado apenas dos ratificaciones en el continente. El problema se agrava si se considera el notorio rezago que existe en numerosas legislaciones domésticas de la región que regulan el Derecho internacional privado de la contratación, algunas decimonónicas y otras igualmente anacrónicas, o al menos inapropiadas para regular el fenómeno.

43. De allí la importancia de la reciente guía aprobada por el Comité Jurídico Interamericano, pues, además de contextualizar la problemática jurídica actual de la contratación transfronteriza en el continente, proporciona, con fuerte alineación pragmática, orientaciones a los operadores lidiando con ella. La guía tiene, por lo demás, un objetivo pedagógico importante, considerando que precisamente la ignorancia de los temas y desarrollos en ella abordados son los que han impedido, por ejemplo, que textos modernos como la Convención de México fueran bien recibidos, en ocasiones, y en otras, que muchas cuestiones de derecho aplicable resulten directamente obviadas o soslayadas en la praxis.

RESUMEN

LA NUEVA GUÍA DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS Y EL DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES (PARTE I)

El presente trabajo aborda los aspectos generales de la Guía sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales en las Américas aprobada por la Organización de Estados

¹⁰³ «Lastima la razón y es una vergüenza para los juristas». Así calificaría David aún hoy, cuarenta años luego de que emitiera la célebre frase al régimen de la contratación internacional en lo que respecta al derecho aplicable, al menos en gran parte de los países del orbe. Reporte General ante UNIDROIT en 1977, citado por GOLDMAN, en CARBONNEAU, T. E. (ed.), *Lex Mercatoria and Arbitration, A Discussion of the New Law Merchant*, Revised Edition, Juris Publishing, Kluwer International Law, 1998, p. xxii.

Americanos (OEA) en febrero de 2019. Se analizan los antecedentes de este relevante texto, los convenios en la materia previamente aprobados en América comenzando por los Tratados de Montevideo de 1889, el aporte que han supuesto en la Guía los Principios de La Haya sobre la elección del derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales de 2015, la gestación de la idea de confeccionar una Guía por la OEA y el proceso acometido para elaborar la Guía aprobada en 2019.

Palabras clave: Organización de Estados Americanos, derecho aplicable, contratos internacionales.

ABSTRACT

THE NEW GUIDE OF THE ORGANIZATION OF AMERICAN STATES AND THE LAW APPLICABLE TO INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS (PART I)

This paper addresses the general 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 background of this relevant text, the conventions on the matter previously approved in America starting with the Montevideo Treaties of 1889, the influence on the Guide of The Hague Principles on choice law in international commercial contracts of 2015, the gestation of the idea of making a Guide by the OAS and the process undertaken to prepare the Guide approved in 2019.

Keywords: Organization of American States, applicable law, international contracts.

RESCATANDO UNA NORMA DEL OLVIDO: EL ART. VIII DE LA CONVENCIÓN CONTRA EL GENOCIDIO Y LA RESPONSABILIDAD DE PROTEGER

Luciano PEZZANO*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL ART. VIII DE LA CONVENCIÓN CONTRA EL GENOCIDIO.—2.1. El origen de la norma.—2.2. Interpretación de la norma.—2.2.1. Cuestiones generales.—2.2.2. ¿Facultad u obligación?—2.2.3. Los «órganos competentes de las Naciones Unidas».—2.2.4. Las «medidas apropiadas» para la prevención y represión de actos de genocidio.—2.2.5. Las reservas al art. VIII.—2.3. La práctica de la Organización.—3. EL ART. VIII EN EL CONTEXTO DE LA RDP.—3.1. El art. VIII y la formulación de la RDP.—3.2. El art. VIII en la literatura sobre RDP.—3.3. El art. VIII como precursor de la RDP.—4. CONSIDERACIONES FINALES.

1. INTRODUCCIÓN

1. Mucho se ha discutido en la literatura sobre la Responsabilidad de Proteger (RDP) acerca del valor de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio¹ (en adelante, la «Convención contra el Genocidio» o «CPSG») y, en particular, la interpretación sobre el alcance de las obligaciones que de ella emergen, a partir de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en la causa *Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia)*².

* Abogado. Magister en Relaciones Internacionales. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Becario Postdoctoral CIJS-UNC/CONICET (Argentina). Docente de Derecho Internacional Público (luciano.pezzano@unc.edu.ar).

¹ Aprobada por Resolución 260 (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas (AG), de 9 de diciembre de 1948. En vigor desde el 12 de enero de 1951.

² ARBOUR, L., «The Responsibility to Protect as a Duty of Care in International Law and Practice», *Review of International Studies*, vol. 34, 2008, pp. 445-458; ROSENBERG, S. P., «Responsibility to Protect: A Framework for Prevention», *Global Responsibility to Protect*, vol. 1, 2009, pp. 442-477; GIBNEY, M., «Universal Duties: The Responsibility to Protect, the Duty to Prevent (Genocide) and Extraterritorial Human Rights Obligations», *Global Responsibility to Protect*, vol. 3, 2011, pp. 123-151, esp. p. 139; MILANOVIC, M., «State Responsibility for Genocide: A Follow-Up», *European Journal of International Law*, vol. 18, 2007, núm. 4, pp. 669-694, esp. p. 685; SCHABAS, W. A., «Genocide and the International Court of Justice: Finally, a Duty to Prevent the Crime of Crimes», *Genocide Studies and Prevention: An*

2. Sin embargo, poco se ha reparado en la importancia que para la RDP puede tener el art. VIII CPSG, norma que, aunque escasamente invocada en la práctica, adquiere en nuestra opinión un nuevo significado a la luz de la RDP, puesto que, al reconocer expresamente que los órganos de las Naciones Unidas (NU) poseen competencias respecto del genocidio, podría aparecer como un importante fundamento de la responsabilidad de la comunidad internacional de «ayudar a proteger» a las poblaciones, según se estipula en el Documento Final de la Cumbre Mundial 2005 (DF).

3. El trabajo no pretende abordar de manera general las diferentes problemáticas que plantea la RDP en el derecho internacional, ni tampoco las cuestiones específicas de la relación del concepto con la prevención del genocidio. Nuestro objetivo, por el contrario, es mucho más limitado pero preciso: nos proponemos estudiar el origen y la interpretación del art. VIII CPSG, así como los problemas para su invocación en la práctica, para luego centrarnos en su lectura actual, a través del prisma de la RDP.

2. EL ART. VIII DE LA CONVENCION CONTRA EL GENOCIDIO

4. Dispone la norma:

«Toda Parte contratante puede recurrir a los órganos competentes de las Naciones Unidas a fin de que estos tomen, conforme a la Carta de las Naciones Unidas, las medidas que juzguen apropiadas para la prevención y la represión de actos de genocidio o de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III».

A los fines de su análisis, partiremos de su origen, a través del estudio de los trabajos preparatorios de la CPSG, continuaremos con las principales cuestiones que han surgido sobre su interpretación, y reseñaremos su escasa invocación en la práctica.

2.1. El origen de la norma

5. Los trabajos preparatorios de la CPSG muestran que la disposición tuvo una muy interesante historia³. Su origen mediato ha de hallarse en el art. XII del proyecto de convención elaborado por la Secretaría a raíz de un pedido del Consejo Económico y Social (ECOSOC), en cumplimiento de la Resolución 96 (I) de la Asamblea General (AG). Dicho artículo disponía que,

International Journal, vol. 2, 2007, núm. 2, pp. 101-122; AMNÉUS, D., «The coining and evolution of responsibility to protect: the protection responsibilities of the State», en ZYBERI, G. (ed.), *An Institutional Approach to the Responsibility to Protect*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 3-32; MOTALA, T., «The Genocide Name Game: The Case for Crimes Against Humanity to Prevent Genocide», *Quinnipiac Law Review*, vol. 37, 2019, pp. 611-678, esp. pp. 125-128.

³ También comenta los trabajos preparatorios del art. VIII VENTURA, M. J., «El deber de prevenir el delito de genocidio y los grupos políticos en la Convención de 1948», en OLASOLO, H. y EIRENE DE PRADA, P. (coords.), *La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 145-190, esp. pp. 160-163.

independientemente de las medidas previstas en los artículos precedentes, si los crímenes definidos en la convención se cometen en cualquier parte del mundo, o si existen serias razones para sospechar que tales crímenes se han cometido, las Altas Partes Contratantes pueden recurrir a los órganos competentes de las NU a fin de que estos tomen medidas para la represión o supresión de tales crímenes. En tal caso, las Partes harán todo lo que esté a su alcance para dar pleno cumplimiento a la intervención de las NU⁴. El comentario de la Secretaría no mencionaba a ningún órgano en particular, pero consideraba que no era necesario explayarse sobre la acción preventiva que pudiera ser tomada por las NU, puesto que se trataba de una cuestión de la competencia general de la Organización aplicada a un caso particular⁵.

6. El ECOSOC decidió crear un Comité *ad hoc* encargado de elaborar el proyecto de convención⁶. Aunque en un principio había decidido tomar como base de sus trabajos el proyecto de la Secretaría, el Comité recurrió también a los diferentes proyectos que se le habían sometido, en particular, el de Estados Unidos, el de Francia y el de China⁷. Los trabajos del Comité se dividieron en una discusión sobre cuestiones de principio y la adopción de los artículos del proyecto.

7. La primera estuvo basada en un documento sobre los «principios básicos» que la URSS presentó al Comité que, en lo que a nosotros interesa, planteaban que la Convención debería disponer que los signatarios debían informar al Consejo de Seguridad (CS) de todos los casos de genocidio y violaciones de las obligaciones impuestas en la Convención, para que se tomaran las medidas necesarias de conformidad con el Capítulo VI de la Carta de las NU⁸.

8. En la discusión, el representante soviético consideró, entre otras cosas, que todos los casos de genocidio, por su propia naturaleza, merecían la atención del CS⁹. En similar línea, el representante de Polonia expresó que la Convención debería estipular que el crimen de genocidio pone en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad y que ello haría necesaria la intervención del CS¹⁰.

9. Otros representantes fueron menos receptivos de la posición soviética, planteándose otras dos posturas, que marcarían gran parte de los ulteriores debates sobre la cuestión: por un lado, quienes consideraban que la mención

⁴ Kolb considera que esta disposición podría haberse interpretado como una obligación de los miembros del CS de emplear sus poderes con la meta de prevenir el genocidio (KOLB, A. S., *The UN Security Council Members' Responsibility to Protect. A Legal Analysis*, Berlín, Springer, 2018, p. 218).

⁵ ECOSOC, *Draft Convention on the Crime of Genocide*, UN doc. E/447, 1947, p. 45.

⁶ Véase Resolución 177 (VI), de 3 de marzo de 1948.

⁷ Véase ECOSOC, *Ad hoc Committee on Genocide. Report of the Committee and Draft Convention drawn up by the Committee*, UN doc. E/794, 1948, p. 4.

⁸ ECOSOC, *Ad hoc Committee on Genocide. Basic Principles of a Convention on Genocide*, UN doc. E/AC.25/7, 1948, p. 3.

⁹ ECOSOC, *Ad hoc Committee on Genocide. Summary record of the eighth meeting*, UN doc. E/AC.25/SR. 8, 1948, p. 16.

¹⁰ ECOSOC, *Ad hoc Committee on Genocide. Summary record of the twentieth meeting*, UN doc. E/AC.25/SR. 20, 1948, p. 5.

exclusiva del CS limitaba las competencias de otros órganos, inclinándose por una formulación más amplia, como la de la propuesta de la Secretaría, y quienes veían una disposición de este tipo como innecesaria, toda vez que tanto el CS como otros órganos de la Organización ya tenían competencias para entender en casos de genocidio en virtud de sus propias facultades según la Carta.

10. Lo interesante, no obstante, es que no se negó en el Comité que el genocidio afectara la paz y la seguridad internacionales¹¹ y se acordó que la Convención tuviera alguna disposición respecto de la competencia de los órganos de las NU.

11. Fue así que, al momento de la redacción del correspondiente artículo, la discusión versó sobre el proyecto presentado por China¹², que amalgamaba el art. XII del proyecto de la Secretaría con el art. X del proyecto de Estados Unidos¹³. Al discutirse, y luego de varias enmiendas verbales, el artículo fue aprobado¹⁴, y finalmente numerado como art. VIII, con dos párrafos: el primero disponía que una parte en la Convención podía recurrir a cualquier órgano competente de las NU para que tome la acción que sea apropiada en virtud de la Carta para la prevención y supresión del genocidio, y el segundo establecía que una parte en la Convención podía llevar a la atención de cualquier órgano competente de las NU cualquier caso de violación de la Convención.

12. En su comentario al proyecto, el Comité notó la presentación de una enmienda soviética por la cual las partes en la Convención se comprometían a informar al CS de todos los casos de genocidio o de violaciones de las obligaciones impuestas por la Convención para que se tomen medidas de conformidad al Capítulo VI de la Carta, y señaló que surgió un desacuerdo sobre dos puntos principales: si debía o no mencionarse un órgano específico como el CS, y si debía incluirse como una obligación de los Estados llevar el asunto ante los órganos de las NU o meramente reconocer el derecho a hacerlo.

13. Respecto de la primera cuestión, el argumento a favor que más nos interesa es el que planteó que la comisión de genocidio era un asunto grave que podía poner en peligro la paz mundial y, por tanto, justificaba la intervención del CS, por ser el único capaz de tomar acción eficaz para remediar la situación. Sin negar este argumento, se señaló en contra que no era desea-

¹¹ Solo el representante del Líbano consideró que no toda violación de la Convención constituía una amenaza a la paz, pero no negó que el genocidio sí lo constituyera.

¹² Cuyo art. IV disponía que cualquier signatario de la Convención podía recurrir a cualquier órgano competente de las NU, para que tome la acción que pueda ser apropiada en virtud de la Carta para la prevención y supresión del genocidio (ECOSOC, *Ad hoc Committee on Genocide. Draft Articles for the inclusion in the Convention on Genocide proposed by the Delegation of China*, UN doc. E/AC.25/9, 1948).

¹³ Cuyo art. X disponía que las Altas Partes Contratantes, que sean también miembros de las NU, acuerdan en concertar su acción como tales para asegurar que las NU tomen la acción que sea apropiada en virtud de la Carta para la prevención y la supresión del genocidio (UN doc. E/623, cit. en ABTHAI, H. y WEBB, P., *The Genocide Convention. The Travaux Préparatoires*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, p. 549).

¹⁴ ECOSOC, *Ad hoc Committee on Genocide. Summary record of the twentieth meeting*, UN doc. E/AC.25/SR. 20, 1948, p. 17.

ble excluir a la AG, al ECOSOC ni al Consejo de Administración Fiduciaria, y esta fue, evidentemente, la tendencia que se impuso, pese a la insistencia soviética¹⁵.

14. Respecto de la segunda cuestión, el enfoque obligatorio también fue rechazado por la mayoría del Comité, y a su favor se invocó la gravedad del genocidio, pero no su carácter de amenaza a la paz¹⁶. El rechazo de sus planteos motivó que la URSS votara en contra de la disposición y, entre otras cosas, llevó también a su voto negativo al proyecto de convención en el Comité¹⁷, pero mantuvo la insistencia en la remisión obligatoria al CS durante las discusiones en la Sexta Comisión de la AG, como veremos a continuación¹⁸.

15. Abierta la discusión sobre el proyecto en la Sexta Comisión, nuevamente se advirtieron las tres posturas que habían marcado la discusión en el Comité *ad hoc*: la de quienes, en línea con la URSS —que presentó una enmienda al efecto—, consideraban que debía incluirse una referencia expresa al CS, la de quienes abogaban por una referencia general a los órganos de las NU, como estaba en el proyecto, y la de quienes consideraban que la disposición era superflua, en cuanto no agregaba funciones que ya no estuvieran contempladas en la Carta y que optaban por su supresión —Bélgica y Reino Unido presentaron una enmienda en ese sentido—.

16. Durante los debates, el representante soviético Morozov sostuvo que la cooperación entre las naciones soberanas era esencial en orden a combatir el genocidio, y que entre los elementos de dicha cooperación estaba la consideración de cada violación de la Convención por el CS, dado que todo acto de genocidio era una grave amenaza a la paz y seguridad¹⁹. Con posterioridad, Morozov insistió en que cualquier acto de genocidio era siempre una amenaza a la paz y la seguridad internacionales, y como tal debía ser tratado en virtud de los Capítulos VI y VII de la Carta, y destacó que estos proveían los medios para la prevención y sanción del genocidio²⁰.

17. La delegación de Francia había presentado una enmienda similar a la soviética, que pronto se combinaron en una enmienda conjunta. En su

¹⁵ ECOSOC, *Ad hoc Committee on Genocide. Report of the Committee and Draft Convention drawn up by the Committee*, UN doc. E/794, 1948, p. 34.

¹⁶ *Ibid.*, p. 35.

¹⁷ ECOSOC, *Ad hoc Committee on Genocide. Summary record of the twenty-sixth meeting*, UN doc. E/AC.25/SR. 26, 1948, p. 4.

¹⁸ Schabas vincula la insistencia de la URSS en la obligatoriedad de someter las cuestiones exclusivamente al CS con el derecho de veto del cual gozaba en el órgano (SCHABAS, W. A., *Genocide in International Law. The Crime of Crimes*, 2.^a ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 535). Sin embargo, la mayor parte de la argumentación soviética giraba en torno al Capítulo VI de la Carta, respecto del cual rige la previsión de la abstención obligatoria de los miembros del CS que sean parte en la controversia, en virtud del art. 27.3 *in fine*, de la Carta, por lo que el ejercicio del derecho de veto no habría estado asegurado. Pero dado que la URSS también hizo referencia al Capítulo VII en la Sexta Comisión, en el cual rige en plenitud el derecho de veto, el planteo de Schabas puede ser válido.

¹⁹ AG, *Sixth Committee. Summary record of the Ninety-eighth meeting*, UN doc. A/C.6/SR.98, 1948, p. 380.

²⁰ AG, *Sixth Committee. Summary record of the Hundred and first meeting*, UN doc. A/C.6/SR.101, 1948, p. 409.

favor, el representante francés Chaumont sostuvo, entre otras cosas, que así se reconocía el hecho de que el genocidio podía poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales²¹.

18. El representante de Bélgica, al defender su propuesta de suprimir el art. VIII del proyecto, sostuvo, entre otras cosas, que era posible que hubiera casos de genocidio que no constituyeran ninguna amenaza a la paz²², posición en la que no fue acompañado por otras delegaciones, ni siquiera las que compartían la propuesta.

19. En respuesta, Morozov insistió en que era esencial declarar claramente que los actos de genocidio podían llevar a amenazas a la paz y la seguridad internacionales²³. Por su parte, Manfred Lachs, representando a Polonia, sostuvo que la prevención del genocidio era extremadamente importante, y si la comisión de genocidio estaba vinculada con amenazas a la paz y la seguridad internacionales, sería un útil disuasivo²⁴.

20. Con anterioridad, el representante del Ecuador había sostenido que debía tenerse en mente la íntima relación que existía entre el genocidio y el problema de la paz; un gobierno que hubiera planeado una campaña de destrucción de ciertos grupos sería un peligro para la paz internacional y su política debería ser investigada por el CS²⁵.

21. Aunque la mayoría de las delegaciones consideraba pertinente la intervención de los órganos de las NU en caso de genocidio y, con la excepción de Bélgica, no negaban que el genocidio constituyera una amenaza a la paz, la enmienda franco-soviética no pudo superar las críticas de quienes consideraban que no debía excluirse a los otros órganos de las NU. Fue así que, por una curiosa y discutible interpretación del reglamento de la AG, primero se sometió a votación la enmienda belgo-británica, la que fue aprobada por una ajustada mayoría de 21 votos contra 18 y una abstención²⁶. Al votarse la enmienda franco-soviética, esta apenas reunió 13 votos a favor, contra 27 y 5 abstenciones²⁷.

22. Eso significó que el proyecto dejó de contener una disposición relativa a la competencia de los órganos de las NU en materia de genocidio. La mayoría de los comentaristas²⁸, citando a Robinson²⁹, toman este hecho

²¹ *Ibid.*, p. 414.

²² *Ibid.*, p. 410.

²³ *Ibid.*, pp. 415-416.

²⁴ *Ibid.*, p. 414.

²⁵ AG, *Sixth Committee. Summary record of the Ninety-sixth meeting*, UN doc. A/C.6/SR.96, 1948, p. 350.

²⁶ AG, *op. cit.*, nota 20, p. 417.

²⁷ AG, *Sixth Committee. Summary record of the Hundred and second meeting*, UN doc. A/C.6/SR.102, 1948, p. 423.

²⁸ SCHABAS, W. A., *op. cit.*, nota 18, p. 538; KOLB, A. S., *op. cit.*, p. 217; HEIECK, J., *A Duty to Prevent Genocide: Due Diligence Obligations Among the P5*, Elgar Publishing, 2018, p. 26.

²⁹ ROBINSON, N., *The Genocide Convention: A Commentary*, Nueva York, Institute of Jewish Affairs, 1960, p. 90.

como prueba del escaso valor del art. VIII para los redactores de la CPSG. No estamos de acuerdo con esta posición: los trabajos preparatorios revelan que la supresión del art. VIII se debió principalmente a una cuestión de procedimiento respecto del orden en que debían votarse las enmiendas, y no sobre el punto de principio relativo a la competencia de los órganos en la materia³⁰. Al votarse primero sobre la supresión del artículo, eso dejó a la enmienda franco-soviética como la única propuesta y, dado que el principal punto de desacuerdo era sobre la competencia del CS, que la enmienda planteaba como casi exclusiva, no era posible que obtuviera una mayoría. De haberse invertido el orden de la votación, es más que probable que la disposición del art. VIII hubiese mantenido su redacción original.

23. Creemos que sustenta nuestra posición el hecho de que durante la discusión sobre el art. X (actual art. IX), el representante de Australia presentó una enmienda por la cual se le agregaría como segundo párrafo una disposición similar a la del primer párrafo de la disposición derogada, la que se aprobó por una amplia mayoría de 29 votos contra 4 y 5 abstenciones³¹. Finalmente, el Comité de Redacción reenumeró los artículos, y el segundo párrafo del art. X pasó a ser el art. VIII del proyecto, que fue aprobado por la Sexta Comisión, y luego por unanimidad por la AG.

24. Deseamos insistir en que, además de que ninguna delegación consideró que el genocidio caía fuera de las competencias de los órganos de las NU, en línea con los propósitos que inspiraron el art. XII del proyecto original de la Secretaría, la mayoría estuvo de acuerdo en considerar que el genocidio pone en peligro la paz y la seguridad internacionales³², y que ese es uno de los argumentos que subyacían a la necesidad de una disposición como el art. VIII.

25. La mayoría de los comentaristas no se detienen en la cuestión: Schabas la menciona pero no la analiza³³, mientras Kolb se pregunta si de ello

³⁰ SCHIFFBAUER, B., «Article VIII», en TAMS, C. J., BERSTER, L. y SCHIFFBAUER, B., *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: A Commentary*, Londres, Beck/Hart, 2014, pp. 271-292, p. 274.

³¹ AG, *Sixth Committee. Summary record of the Hundred and fifth meeting*, UN doc. A/C.6/SR.105, 1948, p. 457.

³² Esta cuestión hoy no da lugar a dudas. El genocidio fue incluido por la CDI dentro de su proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad en su art. 17. En el comentario, la CDI sostuvo: «Los trágicos acontecimientos de Rwanda demostraron claramente que el crimen de genocidio, aunque se cometa principalmente en el territorio de un solo Estado, puede tener graves consecuencias para la paz y la seguridad internacionales, confirmando de esa forma la conveniencia de incluirlo en el presente Código» (CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48 período de sesiones*, UN doc. A/51/10, 1996, p. 94). De hecho, el CS en su Resolución 955 (1994), al expresar «su profunda preocupación por los informes que indican que se han cometido en Rwanda genocidio y otras violaciones sistemáticas, generalizadas y manifiestas del derecho internacional humanitario», determinó «que esta situación sigue constituyendo una amenaza a la paz y la seguridad internacionales». Con posterioridad, al incorporarse el genocidio dentro de la competencia de la Corte Penal Internacional como uno de los «crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto» (art. 5 del Estatuto de Roma), está alcanzado por lo dispuesto en el Preámbulo del Estatuto, que reconoce «que esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad».

³³ SCHABAS, W. A., *op. cit.*, nota 18, pp. 536-537.

pueden nacer deberes para los Estados³⁴, lo que lo lleva a concluir que al rechazar la enmienda franco-soviética y adoptar la actual redacción, los Estados renunciaron a ideas que podrían haber reforzado el llamado a la acción colectiva en el marco de las NU³⁵.

26. Nuestro enfoque es menos ambicioso y solamente pretendemos señalar que, al adoptar esta disposición, los Estados parte de la CPSG están reconociendo que el genocidio «es un delito de derecho internacional contrario al espíritu y a los fines de las Naciones Unidas»³⁶, y que «para liberar a la humanidad de un flagelo tan odioso se necesita la cooperación internacional»³⁷, es decir, es un crimen de tal gravedad que pone en peligro la paz y la seguridad internacionales, pudiendo constituir una «amenaza a la paz» en el sentido del art. 39 de la Carta³⁸. Al respecto, Gaja sostiene que, aunque no puede leerse la CPSG, inclusive a la luz de los trabajos preparatorios, como necesariamente apuntando a la conclusión de que el genocidio representa una amenaza a la paz en el sentido del art. 39, la cuestión ha perdido cualquier importancia práctica. El concepto de «amenaza a la paz» ha adquirido un amplio significado en la práctica del CS, de modo tal que su significado actual ciertamente incluye violaciones graves de los derechos humanos tales como actos de genocidio³⁹.

2.2. Interpretación de la norma

27. Se ha sostenido que el art. VIII involucra específicamente a las NU para apoyar a los Estados parte en el cumplimiento de sus obligaciones en virtud de la CPSG. Como tal, se ha sugerido que, en cierta limitada forma, la disposición puede remediar el «defecto congénito» de la CPSG de no imponer obligaciones a la ONU⁴⁰.

28. Habiendo repasado el origen de la norma, nos concentraremos en algunas cuestiones relativas a su interpretación.

³⁴ KOLB, A. S., *op. cit.*, pp. 210-225.

³⁵ *Ibid.*, p. 253.

³⁶ Convención, Preámbulo, primer párrafo.

³⁷ *Ibid.*, Preámbulo, Segundo párrafo.

³⁸ Drnas de Clément insiste «en la necesaria relación entre consecuencias de una violación de norma imperativa de derecho internacional general y el rol del CS en materia de paz y seguridad internacionales a la hora de regular la responsabilidad de este tipo de violación», señalando que el art. VIII había tomado en debida forma en consideración esa relación (DRNAS DE CLÉMENT, Z., *Responsabilidad internacional de los Estados por violaciones a normas imperativas de derecho internacional general*, http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/responsabilidad-internacional-de-los-estados-por-1/at_download/file). Esta relación del art. VIII con la responsabilidad del Estado también es mencionada por RUEDA FERNÁNDEZ, C., «La regulación jurídica de las violaciones graves de obligaciones esenciales emanadas de normas imperativas del Derecho internacional general en el Proyecto de Artículos de la CDI», *Anuario de Acción Humanitaria y Derechos Humanos*, 2005, núm. 2, pp. 67-130, esp. p. 87.

³⁹ GAJA, G., «The Role of the United Nations in Preventing and Repressing Genocide», en GAETA, P. (ed.), *The UN Genocide Convention: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 402.

⁴⁰ SCHIFFBAUER, B., *op. cit.*, nota 30, pp. 271-272.

2.2.1. Cuestiones generales

29. Hay dos cuestiones de carácter general que podemos apreciar sobre el art. VIII. La primera es que, no obstante las discusiones respecto de la utilidad de la disposición, un aspecto relevante de su permanencia en la CPSG es que deja en claro que todos los actos de genocidio están excluidos de los «asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados», en los que las NU no tienen en principio autoridad para intervenir; de acuerdo al art. 2.7 de la Carta⁴¹. De esa forma, ningún Estado acusado de genocidio podría apelar a dicha norma para considerar la presunta incompetencia de los órganos de las NU en la materia⁴².

30. La segunda cuestión es que resulta importante señalar que la disposición fue replicada, casi textualmente, en el art. VIII de la Convención Internacional sobre Represión y Castigo del Crimen de Apartheid⁴³. William Schabas considera que, al hacerlo, la AG pensó suficientemente bien el papel del art. VIII para incluir el mismo texto⁴⁴. Como sostiene Schiffbauer, esta inclusión es significativa y sugiere que el enfoque adoptado en 1948 no carecía de sentido⁴⁵.

2.2.2. ¿Facultad u obligación?

31. El texto del artículo es claro en cuanto a que toda parte contratante «puede» recurrir a los órganos de las NU, lo cual, sumado al fracaso de la iniciativa soviética de imponer la obligación de recurrir al CS en caso de genocidio, confirman que no es vinculante para los Estados.

32. Al mismo tiempo, ni de la doctrina, ni de la sentencia de la CIJ en la causa *Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia)*, surge que la disposición imponga a los Estados parte un deber de dirigir las situaciones relativas al genocidio a los órganos de las NU⁴⁶.

⁴¹ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, *Study of The Question of The Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. Study Prepared By Mr. Nicodème Ruhashyankiko, Special Rapporteur*, UN doc. E/CN.4/Sub.2/416, 1978, párr. 297. El relator también plantea la cuestión de si un Estado miembro de las NU que no sea parte en la CPSG podría objetar que, por dicha circunstancia, el genocidio no habría quedado excluido de los asuntos que caen esencialmente dentro de su jurisdicción. Tal objeción no sería válida, dado que el genocidio es un crimen internacional, un asunto humanitario y una violación de derechos humanos, cuya consideración cae dentro de la competencia atribuida por la Carta a la AG y al CS. A ello podemos agregar, en línea, con lo que venimos planteando, que por ser una amenaza a la paz, el genocidio también cae dentro del primer propósito de la Organización, de acuerdo al art. 1.1 de la Carta.

⁴² JESCHECK, H., «Genocide», en BERNHARDT, R. (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, North-Holland Elsevier, vol. 8, 1985, pp. 255-258, esp. p. 256.

⁴³ «Todo Estado Parte en la presente convención podrá pedir a cualquier órgano competente de las Naciones Unidas que adopte, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, todas las medidas que considere indispensables para la prevención y represión del crimen de *apartheid*».

⁴⁴ SCHABAS, W. A., *op. cit.*, nota 18, p. 538.

⁴⁵ SCHIFFBAUER, B., *op. cit.*, nota 30, p. 287.

⁴⁶ KOLB, A. S., *op. cit.*, pp. 209-210; HEIECK, J., *op. cit.*, p. 24.

33. No obstante, pensamos que no está de más recordar lo que la CIJ dijo en la citada sentencia respecto del artículo, pues al referirse a la obligación de prevenir el genocidio, contenida en el art. I CPSG⁴⁷, la Corte sostuvo:

«*The obligation on each contracting State to prevent genocide is both normative and compelling. [...] It has its own scope, which extends beyond the particular case envisaged in Article VIII, namely reference to the competent organs of the United Nations, for them to take such action as they deem appropriate. Even if and when these organs have been called upon, this does not mean that the States parties to the Convention are relieved of the obligation to take such action as they can to prevent genocide from occurring, while respecting the United Nations Charter and any decisions that may have been taken by its competent organs*»⁴⁸.

34. Es decir, si bien el art. VIII no impone a las Partes la obligación de recurrir a los órganos competentes, esto sí forma parte de su obligación de prevenir el genocidio, y si bien esta se extiende más allá de la disposición, es una forma posible de cumplimiento de dicha obligación, aunque no agote todo su contenido.

35. Al no nacer del art. VIII una obligación para los Estados parte de la CPSG, resurge la cuestión debatida durante los trabajos preparatorios de que la disposición no agrega nada nuevo, bastando las normas de la Carta⁴⁹. En efecto, no lo hace, tanto por el derecho de los Estados —que en materia de controversias o situaciones que puedan poner en peligro la paz y la seguridad internacionales está contemplado expresamente en el art. 35—⁵⁰, como en materia de competencia de los órganos, como veremos. Sin embargo, pensamos que el valor de la norma está en explicitar que el genocidio forma parte de las materias sobre las que los órganos de las NU son competentes —quedando, como dijimos, fuera del alcance del art. 2.7— y, como venimos insistiendo, que el genocidio puede constituir una amenaza a la paz y la seguridad internacionales⁵¹.

2.2.3. Los «órganos competentes de las Naciones Unidas»

36. Ahora bien, ¿cuáles son los «órganos competentes» de las NU? Aunque en los trabajos preparatorios se discutió principalmente acerca del rol del

⁴⁷ «Las Partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar».

⁴⁸ CIJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, ICJ Reports 2007, p. 43, párr. 427.

⁴⁹ Una cuestión relacionada, y que también fue objeto de debate, era si la Convención habría podido agregar competencias a los órganos de las NU que no estuvieran previstas en la Carta, mas ello excede los límites del presente estudio.

⁵⁰ Para una comparación entre el derecho de los Estados en virtud del art. 35 de la Carta con el que surge el art. VIII, véase SCHIFFBAUER, B., *op. cit.*, nota 30, pp. 275-277.

⁵¹ En similar sentido, véase VIOTTI, A., «En busca de una simbiosis: el Consejo de Seguridad en el campo humanitario», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 2007, núm. 865, pp. 1-24, esp. p. 14.

CS⁵², de inmediato surgió claramente que la AG también podía ser competente para tratar casos de genocidio⁵³, no solamente por sus poderes propios en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales —art. 11 de la Carta—, sino también por sus funciones en materia de derechos humanos y cuestiones humanitarias —art. 13 de la Carta—⁵⁴. También el Comité *ad hoc* había dejado en claro en su informe que el enfoque amplio permitía reconocer competencias al ECOSOC —cuyas competencias en cuestiones de derechos humanos surge del art. 62.2 de la Carta— y al Consejo de Administración Fiduciaria. De hecho, la propia formulación amplia del artículo, en oposición a las propuestas que buscaban limitar la competencia al CS, demuestra que todos los órganos relevantes de las NU poseen la autoridad y la responsabilidad de combatir el genocidio⁵⁵.

37. En el caso particular de la CIJ, podemos recordar que en el procedimiento de medidas provisionales en la causa *Genocidio, Bosnia y Herzegovina* invocó el art. VIII como parte de la competencia de la Corte. En su providencia, la Corte, considerando que

*«Bosnia-Herzegovina calls upon the Court to “act immediately and effectively to do whatever it can to prevent and suppress” the acts of genocide complained of or threatened; whereas the Court considers Article VIII, even assuming it to be applicable to the Court as one of the “competent organs of the United Nations”, appears not to confer on it any functions or competence additional to those provided for in its Statute»*⁵⁶,

38. concluyó que en esa etapa del procedimiento únicamente debía examinar las medidas provisionales que podían corresponder⁵⁷.

39. De este modo, la CIJ confirma que el artículo no constituye una base de competencia para el propio tribunal⁵⁸ además de la prevista en el art. IX. Esto implica, en término más amplios, que la disposición no confiere facultades adicionales a los órganos de las NU que las contempladas en la Carta, lo que viene ratificado por el propio artículo al expresar que las medidas que

⁵² Sobre las competencias del CS en materia de genocidio, véase GAJA, G., *op. cit.*, pp. 402-404, y ZIMMERMANN, A., «The Obligation to Prevent Genocide: Towards a General Responsibility to Protect?», en FASTENRATH, U. *et al.* (ed.), *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Bruno Simma*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 629-645, esp. pp. 638-641.

⁵³ RAMSDEN, M., «The Crime of Genocide in General Assembly Resolutions: Legal Foundations and Effects», *Human Rights Law Review*, 2021, <https://ssrn.com/abstract=3672206>.

⁵⁴ METTRAUX, G., *International Crimes: Law and Practice: Volume I: Genocide*, Oxford, Oxford University Press, 2019, pp. 81-83.

⁵⁵ LIPPMAN, M., «Genocide», en BASSIOUNI, M. C., *International Criminal Law*, vol. I, 3.ª ed., Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 403-434, esp. p. 416.

⁵⁶ CIJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 8 April 1993*, *ICJ Reports 1993*, p. 3, párr. 47.

⁵⁷ Véase RAMÓN CHORNET, C., «Nota sobre la Orden de 8 de abril de 1993 de la CIJ en el conflicto de Bosnia-Herzegovina», *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. X, 1994, pp. 301-321, esp. p. 317.

⁵⁸ No obstante, Bosnia insistió en fundar la competencia del tribunal en el art. VIII al momento de solicitar nuevas medidas provisionales (<https://www.icj-cij.org/files/case-related/91/13585.pdf>), de lo cual la Corte no se hizo eco en su providencia de 13 de septiembre de 1993.

estos tomen deben ser «conforme a la Carta»⁵⁹, y que analizaremos más adelante.

40. La Corte volvió a realizar esta interpretación en su providencia de Medidas Provisionales en el caso *Aplicación de la Convención sobre Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (Gambia c. Myanmar)*, en conexión con la reserva que había efectuado con relación al art. VIII —a la que nos referiremos luego—:

*«The Court considers that, although the terms “competent organs of the United Nations” under Article VIII are broad and may be interpreted as encompassing the Court within their scope of application, other terms used in Article VIII suggest a different interpretation. In particular, the Court notes that this provision only addresses in general terms the possibility for any Contracting Party to “call upon” the competent organs of the United Nations to take “action” which is “appropriate” for the prevention and suppression of acts of genocide. It does not refer to the submission of disputes between Contracting Parties to the Genocide Convention to the Court for adjudication. This is a matter specifically addressed in Article IX of the Convention, to which Myanmar has not entered any reservation. Article VIII and Article IX of the Convention can therefore be said to have distinct areas of application. It is only Article IX of the Convention which is relevant to the seisin of the Court in the present case»*⁶⁰.

41. Dada la amplitud de los términos del artículo, como afirma la Corte, podemos preguntarnos si los «órganos competentes» también incluyen a la Secretaría y a los órganos subsidiarios que pudieran tener alguna competencia en la materia, como el Consejo de Derechos Humanos.

42. Como sostiene William Schabas, la palabra «órganos» es un término técnico⁶¹ y, en virtud del art. 7 de la Carta, se establecen órganos principales y la posibilidad de crear órganos subsidiarios. Pero de acuerdo con los términos del art. VIII, opina Björn Schiffbauer, solamente serían «órganos competentes» aquellos que conforme a la Carta puedan tomar medidas para prevenir o reprimir el genocidio, es decir, que su competencia derive *directamente de la Carta*. La competencia de los órganos subsidiarios está basada en el acto secundario que lo crea y no en la Carta, por lo que quedarían fuera del ámbito del art. VIII, y sus funciones en materia de genocidio surgirían de otras bases y no de la CPSG⁶². No podemos compartir esta apreciación. La competencia de los órganos subsidiarios también nace de la propia Carta, por cuanto esta contempla su existencia (arts. 7.2, 22, 29 y 68), y sus mandatos están establecidos por los órganos principales en ejercicio de sus propios poderes en virtud de la Carta. Sostener que las funciones de los órganos subsidiarios de las NU no derivan de la Carta implicaría dudar sobre la propia legalidad —o,

⁵⁹ GAJA, G., *op. cit.*, p. 399.

⁶⁰ CIJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, *Provisional measures*, Order of 23 January, <https://www.icj-cij.org/files/case-related/178/178-20200123-ORD-01-00-EN.pdf>, párr. 35.

⁶¹ SCHABAS, W. A., *op. cit.*, nota 18, p. 540.

⁶² SCHIFFBAUER, B., *op. cit.*, nota 30, pp. 279-280.

en términos más acordes, la «constitucionalidad»— de su creación, además de la introducción artificial de una diferencia que los amplios términos del art. VIII no parece contemplar. En conclusión, consideramos que los órganos subsidiarios y, en particular, el Consejo de Derechos Humanos, también pueden ser considerados «órganos competentes» en virtud del art. VIII.

43. Otra cuestión surge respecto de la Secretaría. Björn Schiffbauer sostiene que, aparte de proveer apoyo organizacional y logístico a otros órganos, los Estados no pueden recurrir directamente a la Secretaría y no hay ningún procedimiento previsto en la Carta para remitirle una situación; como tal, concluye, la Secretaría no puede ser considerada como un órgano competente a los fines del art. VIII⁶³. Tampoco podemos compartir esta argumentación; no vemos cómo la Secretaría no puede recibir información de los Estados parte en la CPSG respecto de la comisión de actos de genocidio y ejercer sus propias funciones conforme a la Carta, en particular llamar la atención del CS sobre todo asunto que pueda poner en peligro la paz y la seguridad internacionales, conforme al art. 99 de la Carta⁶⁴. De hecho, en el comentario al proyecto de art. XII de la Secretaría, dos de sus autores, Vespasian Pella y Raphael Lemkin —creador de la palabra «genocidio»— consideraron deseable que el Secretario General tuviera también el deber de informar a los órganos competentes de las NU⁶⁵. Incluso el CS reconoció la importancia de la labor del Secretario General en materia de prevención del genocidio en su Resolución 1366 (2001)⁶⁶, que es la base del mandato de la Oficina de las NU de Prevención del Genocidio y la RDP⁶⁷.

2.2.4. *Las «medidas apropiadas» para la prevención y represión de actos de genocidio*

44. ¿Qué medidas pueden tomar los órganos competentes de las NU en virtud del art. VIII? La propia norma indica que deben ser «conforme a la Carta» y las que «juzguen apropiadas». Lo primero significa que cada órgano podrá tomar medidas dentro de sus poderes definidos por la Carta, toda vez que, como ya se mencionó varias veces, la norma no tiene por objeto ampliar

⁶³ *Ibid.*, p. 282.

⁶⁴ Sobre el ejercicio de la facultad del art. 99 de la Carta en conexión con el genocidio y la RDP, véase STRAUSS, E., «A Bird in the Hand is Worth Two in the Bush - On the Assumed Legal Nature of the Responsibility to Protect», *Global Responsibility to Protect*, vol. 1, 2009, pp. 291-323, esp. p. 320.

⁶⁵ ECOSOC, *Draft Convention on the Crime of Genocide*, doc. E/447, Naciones Unidas, 1947, p. 46.

⁶⁶ Entre otras cosas, «recalcando la responsabilidad fundamental de los Estados miembros de prevenir el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, y de poner fin a la impunidad respecto de esos crímenes», el CS alentó «al Secretario General a que le comunique sus evaluaciones de posibles amenazas a la paz y la seguridad internacionales, teniendo en cuenta las dimensiones regionales y subregionales pertinentes, según corresponda, de conformidad con el Artículo 99 de la Carta de las Naciones Unidas» e invitó «al Secretario General a que le remita la información y los análisis que reciba de fuentes del propio sistema de las Naciones Unidas sobre casos de violaciones graves del derecho internacional, incluido el derecho internacional humanitario y el relativo a los derechos humanos».

⁶⁷ Véase <https://www.un.org/en/genocideprevention/office-mandate.shtml>.

las competencias de los órganos de las NU. Lo segundo, por otro lado, implica que los órganos tienen plena discreción en torno al curso de acción que decidan tomar sobre la situación⁶⁸.

45. Una cuestión interesante que surge al respecto es la diferencia entre las diferentes versiones del texto del art. VIII. Así, mientras en la versión española usa la palabra «medidas» —en el mismo sentido de «*mesures*» en la versión francesa—, la versión inglesa utiliza la palabra «*action*», en lugar de «*measures*»⁶⁹. Cabría la pregunta de si en este caso la palabra «*action*» está siendo usada en el mismo sentido de la «acción» a la que se refieren, entre otros, los arts. 11.2 y 42 de la Carta, y que la CIJ consideró que se trataba de acción coercitiva⁷⁰, es decir, la acción del Capítulo VII de la Carta que puede implicar el uso de la fuerza armada, que solo puede ser decidida por el CS. Por más atractiva que pudiera parecer esta interpretación, no solamente choca con las reglas del art. 33 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados⁷¹, sino también con la evidencia que surge de los trabajos preparatorios.

46. Sin embargo, no puede negarse que, como sostuvo Kelsen, el órgano en condiciones de emprender una acción *efectiva* es el CS, en la medida en que los actos de genocidio constituyan una amenaza o quebrantamiento de la paz en el sentido del art. 39 de la Carta⁷². Más de medio siglo después, John Quigley insistió en que el órgano en mejor posición para detener el genocidio es el CS, dada la obligatoriedad de sus decisiones en virtud del art. 25 de la Carta y sus poderes coercitivos en caso de amenazas y quebrantamientos de la paz, que no se limitan solamente a conflictos internacionales, sino que también incluyen situaciones que son principalmente internas⁷³.

47. Es decir, siendo el genocidio, como venimos insistiendo desde un principio, y corroboran los trabajos preparatorios de la CPSG, una amenaza a la paz y la seguridad internacionales, nada impide al CS efectuar el acto de

⁶⁸ SCHIFFBAUER, B., *op. cit.*, nota 30, p. 284.

⁶⁹ Que sí emplea en el art. II, inc. d), y que en las restantes versiones se traduce como «*mesures*» y «medidas».

⁷⁰ CIJ, *Certain expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, Advisory Opinion of 20 July 1962, ICJ Reports 1962, pp. 151 y 164.

⁷¹ Que si bien no es aplicable como tal directamente a la Convención sobre Genocidio, refleja el derecho consuetudinario en materia de interpretación [CIJ, *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Judgment, ICJ Reports 2001, p. 466, párr. 101].

⁷² KELSEN, H., *The Law of the United Nations. A Critical Analysis of its Fundamental Problems*, Londres, Stevens & Sons Ltd., 1951, p. 50. Es significativo que Kelsen considerara que una acción coercitiva tomada por el CS en tal caso estaría basada en el principio de responsabilidad colectiva del Estado culpable de la amenaza o quebrantamiento de la paz, y no en el principio de responsabilidad individual proclamado por la Convención. El desarrollo de la responsabilidad penal individual por crímenes internacionales ha llevado a que, seis décadas después, otros autores sostengan que, dado que el genocidio, como violación de una norma imperativa, provoca que sus autores devengan en *hostis humanis generis*, las Partes en la Convención pueden, en virtud del art. VIII, recurrir a los órganos de las NU para prevenir y reprimir tales actos genocidas (LABONTE, M., *Human Rights and Humanitarian Norms, Strategic Framing, and Intervention. Lessons for the responsibility to protect*, Milton Park Routledge, 2013, p. 41).

⁷³ QUIGLEY, J. B., *The Genocide Convention: An International Law Analysis*, Ashgate, Aldershot, 2006, p. 85.

determinación del art. 39, y adoptar como «medidas que juzgue apropiadas», las previstas en el Capítulo VII de la Carta. En ese sentido, de conformidad al art. 41, puede adoptar sanciones —incluso contra individuos—, u otras medidas que no implican el uso de la fuerza, como la creación de tribunales internacionales para juzgar el crimen de genocidio o remitir una situación a la Corte Penal Internacional en virtud del art. 13, inc. *b*), del Estatuto de Roma⁷⁴, o inclusive decidir o autorizar el uso de la fuerza armada⁷⁵.

48. Aunque no realizó un profundo análisis del art. VIII, la CIJ tuvo oportunidad de pronunciarse respecto de las medidas que pueden tomar los órganos en su sentencia en la causa *Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia)*:

*«The remaining specific provision, Article VIII about competent organs of the United Nations taking action, may be seen as completing the system by supporting both prevention and suppression, in this case at the political level rather than as a matter of legal responsibility»*⁷⁶.

49. La Corte confirmó así el carácter separado de los arts. VIII y IX, en cuanto el primero trata sobre la actuación de los órganos políticos de las NU, mientras que el segundo se refiere a la competencia de la propia Corte en la determinación de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones de la CPSG, incluso por la comisión de genocidio por un Estado parte.

2.2.5. Las reservas al art. VIII

50. ¿Qué efecto podría tener una reserva al art. VIII? Solamente Myanmar efectuó una reserva a esta disposición, como ya mencionamos, al depositar su ratificación el 14 de marzo de 1956⁷⁷, en virtud de la cual sostuvo que el art. VIII no le sería aplicable. Como también mencionamos, Myanmar intentó hacer valer la reserva para negar la competencia de la CIJ, pero esta basó su argumentación en la independencia entre el art. VIII y el art. IX CPSG, y en que solamente este último es la base de la competencia de la Corte. En virtud de ello, la CIJ concluyó que:

*«In view of the above, Myanmar's reservation to Article VIII of the Genocide Convention does not appear to deprive The Gambia of the possibility to seize the Court of a dispute with Myanmar under Article IX of the Convention»*⁷⁸.

⁷⁴ Schiffbauer considera que el espíritu del art. VIII vive en el art. 14 del Estatuto de Roma, que brinda la posibilidad a los Estados parte del Estatuto remitir una situación al Fiscal de la Corte Penal Internacional (SCHIFFBAUER, B., *op. cit.*, nota 30, pp. 287-288). Por nuestra parte, pensamos que también ha permeado en el art. 13, inc. *b*), por cuanto esta es una de las «medidas» que el CS puede juzgar apropiadas para reprimir el genocidio.

⁷⁵ Véase, *i. a.*, QUIGLEY, J. B., *op. cit.*, p. 86.

⁷⁶ CIJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, cit. nota 48, párr. 159.

⁷⁷ Solamente Reino Unido objetó la reserva.

⁷⁸ CIJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, *Provisional measures*, cit. nota 60, párr. 36.

51. Una reserva de este tipo, entonces, carece de efectos con relación a la competencia de la CIJ en virtud de la Convención, pero ¿qué sucede respecto de los otros órganos competentes de las NU? Aquí es donde cobra relevancia la tan mentada crítica de que el art. VIII «no agrega nada nuevo a la Carta»: aunque insistamos en que ello no lo convierte en una disposición superflua, sí hemos reconocido que no otorga nuevos derechos a los Estados ni poderes adicionales a los órganos de la Organización. Por tanto, en lo que a los miembros de las NU respecta⁷⁹, una reserva de este tipo no tendría efecto alguno con miras a impedir que un órgano tomara medidas para prevenir o reprimir actos de genocidio que sucedieran en el territorio del Estado que la formuló o de los que pudiera ser responsable⁸⁰.

2.3. La práctica de la Organización

52. El art. VIII ha sido escasamente invocado en la práctica de las NU. A tres décadas de vigencia de la CPSG, en el estudio revisado de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, el Relator Especial Whitaker señalaba que no se sabía hasta ese momento (1985) si el art. VIII se había aplicado, y agregó:

«Aun cuando el artículo VIII de la Convención no añade nada nuevo a la Carta de las Naciones Unidas, tiene cierta importancia, ya que enuncia expresamente el derecho de los Estados de recurrir a las Naciones Unidas a fin de que se prevenga y reprima el genocidio, así como la responsabilidad de los órganos competentes de las Naciones Unidas en la materia. Además, es el único artículo de la Convención sobre el Genocidio que trata de la prevención de este crimen⁸¹, al mencionar la posibilidad de una acción preventiva de los órganos de las Naciones Unidas a que hayan recurrido las partes en la Convención. Debe subrayarse también que la intervención de los órganos de las Naciones Unidas tiene un carácter especialmente humanitario y que su necesidad y fundamento

⁷⁹ Queda la cuestión, más bien teórica, dada la virtual universalidad de la Organización, de si un Estado parte que no fuera miembro de las NU y hubiera efectuado una reserva de este tipo podría hacerla valer frente a los órganos para evitar su accionar. Creemos que no, dado que, como hemos sostenido, el genocidio constituye una amenaza a la paz y seguridad internacionales, y el art. 2.6 de la Carta faculta a la Organización a hacer que los Estados que no sean miembros se conduzcan de acuerdo a los principios de las NU en la medida en que sea necesaria para mantener la paz y la seguridad internacionales. De hecho, la Resolución 819 (1993), a la que haremos referencia más adelante, fue aplicable a la República Federativa de Yugoslavia pese a que, de acuerdo a la Resolución 777 (1992) del CS y como lo determinó la CIJ, no era un Estado miembro de las Naciones Unidas [CIJ, *Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique), exceptions préliminaires, arrêt*, CIJ Recueil 2004, p. 279, párr. 79].

⁸⁰ Véase HUESA VINAIXA, R., «Una controversia bilateral con dimensión multilateral: cuestiones de jurisdicción y de *ius standi* en el asunto *Gambia c. Myanmar (medidas provisionales)*», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2020, núm. 39, pp. 29-31.

⁸¹ En rigor, es la única norma además del art. I que trata de la prevención, hecho habitualmente señalado por la doctrina. Véase ARREDONDO, R., «La prevención del genocidio y la responsabilidad de proteger», en CONSIGLI, J. A. (coord.), *El genocidio ante la Corte Internacional de Justicia*, Buenos Aires, CARI, 2007, pp. 231-267, esp. p. 232; GATTINI, A., «Breach of the Obligation to Prevent and Reparation Thereof in the ICJ's Genocide Judgment», *European Journal of International Law*, vol. 18, 2007, núm. 4, pp. 695-713, esp. p. 700.

no deben negarse. Sería de desear que los órganos de las Naciones Unidas, en virtud de lo dispuesto en el artículo VIII de la Convención, ejerzan activamente sus atribuciones en tal esfera»⁸².

53. Es muy curioso que los comentaristas, al referirse a este pasaje del informe, parecen limitarse a la primera oración⁸³, en línea con la más tradicional crítica al artículo, sin señalar que destacó su importancia. Esta viene dada, como ya veníamos sosteniendo, por enunciar explícitamente que el genocidio es un asunto de preocupación de los Estados y de la competencia de los órganos de las NU, los que Whitaker destaca tienen «responsabilidad» en la materia, expresión que a la luz de la RDP cobra especial vigencia, como veremos más adelante.

54. No obstante el llamamiento del Relator Especial a los órganos competentes, en la década que siguió al informe el panorama que describe no cambió demasiado, lo cual se agrava si consideramos los genocidios ocurridos en los Balcanes y Rwanda, situaciones que estaban en la agenda del CS y sobre las que su reacción fue tardía e ineficaz. En el caso de Bosnia, es significativo que esta no invocara el art. VIII, habiéndolo hecho en el procedimiento ante la CIJ, mas no en ninguna de sus numerosas comunicaciones al CS⁸⁴. En el contexto de Rwanda, la única mención⁸⁵ directa del art. VIII fue realizada por el representante de Nueva Zelanda al aprobarse la Resolución 955 (1994), por la cual se creó el Tribunal Penal Internacional para Rwanda, cuando declaró: «El genocidio es el más odioso de los delitos internacionales. El artículo VIII de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio prevé medidas en virtud de la Carta para suprimir el genocidio»⁸⁶.

55. El escaso nivel de invocación y su prácticamente nula aplicación en los hechos no debe inducirnos a pensar, creemos, en la irrelevancia de la norma, sino todo lo contrario. Pensamos que los Estados son renuentes a invocarla porque creen que les generaría ciertos deberes de actuar en virtud

⁸² COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, *Informe revisado y actualizado sobre la cuestión de la prevención y sanción del crimen de genocidio, preparado por el Sr. B. Whitaker*, UN doc. E/CN.4/Sub.2/1985/6, 1985, párrs. 65-66. El informe del Relator Especial Rughashyankiko también planteaba las mismas ideas (COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, *op. cit.*, nota 41, párr. 304). Sobre la historia de ambos informes, véase SCHABAS, W. A., *op. cit.*, nota 18, pp. 555-559.

⁸³ SCHABAS, W. A., *op. cit.*, nota 18, p. 538; HEIECK, J., *op. cit.*, 26.

⁸⁴ De hecho, pese a señalar que su pueblo era víctima de genocidio en reiteradas ocasiones, las menciones a la Convención fueron más bien escasas. Tal vez la más importante es la que solicitó al CS que adoptara medidas en virtud del Capítulo VII de la Carta para hacer cumplir con las medidas provisionales de la CIJ, pero invocó el art. 94.2 de la Carta y no el art. VIII de la Convención (CS, *Carta de fecha 16 de abril de 1993 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el representante permanente de Bosnia y Herzegovina ante las Naciones Unidas*, UN doc. S/25616, 1993). En respuesta, el CS adoptó la Resolución 819 (1993), que expresamente recuerda la Convención y la providencia de la CIJ, pero solo en el preámbulo y actuando en virtud del Capítulo VII, exigió el cumplimiento de diferentes medidas para la protección de zonas seguras.

⁸⁵ Schabas refiere que el representante de la República Checa invocó el art. VIII en mayo, sin indicar fuente documental alguna (SCHABAS, W. A., *op. cit.*, nota 18, p. 549). Nuestra revisión en la correspondencia y las actas del CS no arrojó ningún resultado positivo.

⁸⁶ CS, *Acta literal de la 3.453 sesión*, UN doc. S/PV.3453, 1994, p. 4. El acta menciona el art. VII, pero sin duda se trata de un error, atento al contenido de la norma mencionada.

de la CPSG. Al respecto es muy ilustrativa la actitud que tuvieron varios Estados durante el genocidio de Rwanda en el que, no solamente no hicieron nada para impedirlo, sino que incluso se negaron a calificarlo como tal, en la creencia de que estarían obligados a tomar medidas⁸⁷. De hecho, un cable de la delegación de Estados Unidos al Secretario de Estado expresaba:

*«The events in Rwanda clearly seem to meet the definition of genocide in article II of the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. However, if the Council acknowledges that, it may be forced to 'take such action under the charter as they consider appropriate for the prevention and suppression of acts of genocide' as provided for in article VIII»*⁸⁸.

56. Más allá de que la interpretación no coincida con los términos del art. VIII, puede sostenerse que subyace a esta la misma idea que motivó la adopción de la norma: en el sentido de que el genocidio debe movilizar a la comunidad internacional a adoptar medidas para su prevención y supresión. Incluso de uno de los mayores fracasos de la comunidad internacional en esta esfera puede extraerse una conclusión que fortalece la interpretación de la norma.

57. En el mismo año, la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías aprobó la Resolución 1994/11, titulada «Fortalecimiento de la prevención y sanción del delito de genocidio», en la que, entre otras cosas, pidió «a las Partes contratantes que hagan uso de la facultad que les ofrece el artículo VIII de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio»⁸⁹. Tres años más tarde, el Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias, alentó «de conformidad con el artículo VIII de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio», a «los Estados Partes en esa Convención a que pidan a los órganos competentes de las Naciones Unidas que tomen medidas para prevenir y reprimir los actos de genocidio»⁹⁰.

⁸⁷ POWER, S., *A Problem From Hell: America and the Age of Genocide*, Nueva York, Basic Books, 2002, Capítulo 10.

⁸⁸ ALBRIGHT, M., *UNSC Activity on Rwanda*, cable de 27 de abril de 1994, <https://nsarchive2.gwu.edu/NSAEBB/NSAEBB472/pdf/us01776.pdf>.

⁸⁹ También pidió a las Partes que apoyaran la creación de un mecanismo de control en la forma de un comité «que se encargue principalmente de verificar, mediante la presentación de informes de las Partes contratantes, de qué forma se cumplen las obligaciones contraídas con arreglo al artículo V de la Convención, y de señalar a la atención del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, a título preventivo, las situaciones que puedan originar un genocidio». No se avanzó con esta iniciativa, pero fue retomada diez años después por el Secretario General, quien reunió opiniones de los Estados al respecto. Nos resulta de interés la respuesta de Canadá, por cuanto sostuvo que «en virtud del artículo VIII de la Convención, un Estado Parte puede pedir al órgano competente de las Naciones Unidas que cree un comité, cosa que puede realizarse mediante una resolución de la Asamblea General o el Consejo de Seguridad» (COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, *Opiniones de los Estados Partes en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio sobre la sugerencia del Secretario General de que estudiaran la posibilidad de establecer un comité sobre la prevención del genocidio. Nota del Secretario General*, UN doc. E/CN.4/2005/46, 2004, p. 6).

⁹⁰ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, *Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias. Informe del Relator Especial, Sr. Bacre Waly Ndiaye, presentado en cumplimiento de la resolución 1996/74 de la Comisión de Derechos Humanos*, UN doc. E/CN.4/1997/60, 1997, párr. 128.

58. Diez años después del genocidio en Rwanda, en 2004, el por entonces Secretario de Estado de Estados Unidos Colin Powell se dirigió al Comité de Relaciones Exteriores del Senado respecto de la situación en Darfur, Sudán. Allí, citó el art. VIII y sostuvo que debido a la «obligación en virtud del art. VIII» [*sic*] y dado que Estados Unidos son una de las Partes contratantes, recurrirían a las NU para solicitar una investigación completa sobre las violaciones a los derechos humanos y al derecho humanitario en Darfur⁹¹. Schabas señala que esta declaración parece ser la única invocación formal del art. VIII desde su adopción⁹², aunque los representantes de Estados Unidos no lo invocaron expresamente en el CS al solicitar la creación de una comisión de investigación sobre Darfur.

59. Sorprende, no obstante, que Powell hablara de una «obligación» en virtud del art. VIII. Andreas Kolb considera que más allá de esta declaración más bien vaga y ambigua, no hay nada que permita apoyar una lectura vinculante del art. VIII y que su interpretación, como hemos hecho nosotros, conduce a reconocerle un carácter exclusivamente permisivo⁹³.

60. Si bien compartimos esta interpretación, insistimos en que la creencia en la existencia una obligación en este sentido es lo que permite explicar mejor la falta de invocación y aplicación del artículo, así como la reticencia de los Estados a caracterizar ciertas atrocidades como genocidio. No se trata, entonces, de un problema de falta de fuerza normativa, sino de voluntad política.

3. EL ART. VIII EN EL CONTEXTO DE LA RDP

3.1. El art. VIII y la formulación de la RDP

61. El art. VIII no pareció ser de gran relevancia en la formulación original de la RDP. No aparece mencionado en el informe de la CIISE⁹⁴, pero sí en el volumen complementario que acompaña al informe, en el que señala

⁹¹ «Because of that obligation under Article VIII of the Convention, and since the United States is one of the contracting parties; today we are calling on the United Nations to initiate a full investigation. To this end, the United States will propose that the next UN Security Council Resolution on Sudan request a United Nations investigation into all violations of international humanitarian law and human rights law that have occurred in Darfur, with a view to ensuring accountability» (POWELL, C., *The Crisis in Darfur. Testimony Before the Senate Foreign Relations Committee*, 9 de septiembre de 2004, <https://2001-2009.state.gov/secretary/former/powell/remarks/36042.htm>).

⁹² SCHABAS, W. A., *op. cit.*, nota 18, pp. 553-554.

⁹³ KOLB, A. S., *op. cit.*, p. 208.

⁹⁴ La única referencia —por demás elíptica— que podría considerarse de alguna manera vinculada al art. VIII es cuando sostiene: «La idea de que está surgiendo un principio rector que favorece la intervención militar con fines de protección humana también encuentra respaldo en fuentes jurídicas muy diversas, incluidas las que no guardan relación con los deberes, las responsabilidades y la autoridad que se dimanan del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Algunas de ellas son [...] la Convención contra el Genocidio» (CIISE, *La Responsabilidad de Proteger. Informe de la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados*, Ottawa, 2001, p. 17), pero no desarrolla por qué considera que la Convención sea fuente de la justificación de la intervención militar con fines de protección humana, aunque vuelve a insistir en ello en el párr. 6.17 (*ibid.*, p. 55).

que los mismos miembros de las NU comenzaron la erosión del principio de no intervención poco después de la adopción de la Carta, agregando que la CPSG sugirió la posibilidad de una aplicación coercitiva al disponer que cualquier Estado parte podía recurrir a la ONU para tomar medidas conforme a la Carta para la prevención y represión del genocidio⁹⁵.

62. Por su parte, en el informe del Grupo de Alto Nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio⁹⁶, que receptó la RDP, aunque no se mencione expresamente el art. VIII, se expresa:

«Los Estados han acordado en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un crimen de derecho internacional que se comprometen a prevenir y a sancionar. Se ha entendido desde entonces que el genocidio en cualquier lugar representa una amenaza para la seguridad de todos y no puede ser tolerado. El principio de la no intervención en los asuntos internos no puede utilizarse para proteger actos genocidas o atrocidades de otra índole, como infracciones en gran escala del derecho internacional humanitario o la depuración étnica en gran escala, que bien pueden considerarse una amenaza para la seguridad internacional y, como tal, dar lugar a que el Consejo de Seguridad tome medidas»⁹⁷.

63. Aunque el DF no mencione a la CPSG, es evidente que el espíritu del art. VIII inspira la RDP, particularmente en el siguiente pasaje:

«La comunidad internacional, por medio de las Naciones Unidas, tiene también la responsabilidad de utilizar los medios diplomáticos, humanitarios y otros medios pacíficos apropiados, de conformidad con los Capítulos VI y VIII de la Carta, para ayudar a proteger a las poblaciones del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad. En este contexto, estamos dispuestos a adoptar medidas colectivas, de manera oportuna y decisiva, por medio del Consejo de Seguridad, de conformidad con la Carta, incluido su Capítulo VII, en cada caso concreto y en colaboración con las organizaciones regionales pertinentes cuando proceda, si los medios pacíficos resultan inadecuados y es evidente que las autoridades nacionales no protegen a su población del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad»⁹⁸.

3.2. El art. VIII en la literatura sobre RDP

64. No obstante esta vinculación implícita entre el art. VIII y la RDP, la doctrina, como adelantábamos, casi no ha reparado en dicha norma en este

⁹⁵ CIISE, *The Responsibility to Protect: Research, Bibliography, Background. Supplementary Volume to the Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty*, Ottawa, International Development Research Centre, 2001, p. 146.

⁹⁶ Sobre la relación entre el informe y la Convención, véase BERMEJO GARCÍA, R. y LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, E., «El uso de la fuerza a la luz de los conflictos recientes: análisis de los informes del grupo de alto nivel (2-12-2004) y del secretario general (21-03-2005)», en RAMÓN CHORNET, C. (ed.), *Uso de la fuerza y protección de los derechos humanos en un nuevo orden internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 37-90, esp. p. 83.

⁹⁷ GAN, *Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos. Informe del Grupo de Alto Nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio*, UN doc. A/59/565, 2004, párr. 200.

⁹⁸ Resolución 60/1 de la AG, párr. 139.

contexto. Las menciones que encontramos son incidentales y a menudo con interpretaciones difíciles de compartir.

65. Algunos autores, queriendo fundamentar la existencia de una obligación del CS de actuar en virtud de la RDP, recurren al art. VIII⁹⁹, aunque, como vimos, no es posible interpretar el art. VIII en el sentido de que imponga obligaciones tanto a los Estados como a los órganos competentes de las NU¹⁰⁰.

66. Hay también otras menciones incidentales que son erróneas, como sostener que el art. VIII requiere que los Estados parte recurran a los órganos competentes de las NU¹⁰¹, cuando es claramente una facultad y no una obligación. Tampoco resulta fácil de comprender la posición de Cannizzaro, cuando, al analizar las funciones de los órganos de las NU respecto de la RDP apenas menciona el art. VIII, limitándose a señalarlo como un ejemplo de tratado que atribuye a la Organización un rol no expresamente contemplado por la Carta pero conectado con su responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales¹⁰², en lugar de analizar sus implicancias a la luz de la RDP.

67. Otros, en cambio, se muestran escépticos respecto del valor de la norma en este contexto, señalando que no nace una obligación para los Estados en virtud del art. VIII ni tampoco hay certeza de si los «órganos competentes», y en especial el CS, tomarían las «medidas apropiadas»¹⁰³, o apuntando a la vaguedad de los términos del artículo respecto de qué tipo de medidas de prevención se requieren¹⁰⁴.

68. Sin embargo, con relación a esto último se ha señalado que, pese a la falta de precisión de la norma, sí está claro que los Estados parte se han comprometido a prevenir el genocidio¹⁰⁵. Esto no basta para algunos críticos, que si bien reconocen que no hay duda de que la obligación de prevención nazca de la CPSG, no hay indicadores útiles en su texto acerca de qué significa «prevenir», puesto que el art. VIII indica que «prevención» en la CPSG

⁹⁹ PETERS, A., «The Security Council's Responsibility to Protect», *International Organizations Law Review*, vol. 8, 2011, pp. 15-54, p. 34.

¹⁰⁰ HEIECK, J., *op. cit.*, pp. 26-27.

¹⁰¹ JORGENSEN, N., «The Responsibility to Protect and the Obligations of States and Organizations under the Law of International Responsibility», en HOFFMANN, J. y NOLLKAEMPER, A. (eds.), *The Responsibility to Protect. From Principle to Practice*, Ámsterdam, Pallas Publications/Amsterdam University Press, 2012, pp. 125-138, esp. p. 132.

¹⁰² CANNIZZARO, E., «Responsibility to Protect and the Competence of the UN Organs», en HILPOLD, P., *Responsibility to Protect (R2P). A New Paradigm of International Law?*, Leiden, Brill, 2015, pp. 207-218, esp. p. 212 y nota 4.

¹⁰³ SCHEFFER, D., «Genocide and Atrocity Crimes», *Genocide Studies and Prevention: An International Journal*, vol. 1, 2006, núm. 3, pp. 229-250, esp. p. 235.

¹⁰⁴ LEVY, A., «Rohingya in Myanmar: The United Nations' Failure to Enforce Violations of Crimes Against Humanity and Genocide», *The George Washington University Journal of International Law*, vol. 51, 2019, pp. 321-343, esp. p. 328.

¹⁰⁵ GLANVILLE, L., «The International Community's Responsibility to Protect», en GLANVILLE, L. y DAVIES, S. E. (eds.), *Protecting the Displaced. Deepening the Responsibility to Protect*, Leiden y Boston, Martinus Nijhoff, 2010, pp. 185-204, esp. p. 197.

es entendida como recurrir al CS y a la AG, los mismos foros problemáticos o ineficaces que los defensores de la RDP pretenden convocar a la acción, lo que se revela de manera más clara en casos altamente politizados¹⁰⁶. No podemos compartir este razonamiento, por dos razones principales; la primera es que parece agotar el contenido de la obligación de prevención al art. VIII, lo cual es contrario a la interpretación de la CIJ, que, como vimos, claramente ha sostenido que la disposición solo es una forma que tienen los Estados de cumplir con su deber en virtud del art. I, pero que no lo agota. Por el otro, el riesgo de politización de la cuestión, si bien es real, no debería constituir *a priori* un obstáculo para el tratamiento de una situación de genocidio por los órganos de las NU. No está de más recordar que, por tratarse de situaciones que involucran a Estados, entidades políticas, y su discusión en órganos políticos, *todas* las discusiones de este tipo son políticas.

69. En una posición más intermedia, Schiffbauer considera que si bien no nace del art. VIII una obligación para las Partes, el art. VIII contribuyó a cierto progreso político e institucional dentro de las NU, aunque no ha demostrado enriquecer el contenido de la obligación estatal de prevenir el genocidio¹⁰⁷.

70. Existen, no obstante, visiones más optimistas respecto del rol del art. VIII, más en consonancia con lo que aquí planteamos. Se ha dicho que vincula implícitamente la CPSG con el Capítulo VII de la Carta, toda vez que las medidas «conforme a la Carta» incluyen la acción militar. Dado que desde los trabajos preparatorios se ha sostenido —de manera casi indiscutida— que los actos de genocidio pueden ser considerados como amenazas a la paz y seguridad internacionales, los Estados han tenido en cuenta la intervención armada dentro del marco del Capítulo VII como un medio de prevenir y detener tales actos¹⁰⁸. En la misma línea, se ha opinado que desde la perspectiva de la RDP, los Estados pueden usar las disposiciones del art. VIII. En tal caso, el órgano más competente para actuar sería el CS, y el art. VIII le permite autorizar una intervención militar para detener el genocidio en virtud de la Carta, que es el régimen jurídico al que el art. VIII se somete¹⁰⁹. Así, Badell opina: «Los líderes mundiales en 2005 dieron su consentimiento a la función del Consejo de Seguridad para determinar la respuesta adecuada en los casos de atrocidades existentes»¹¹⁰ y, considera que, sobre una base similar, en

¹⁰⁶ CARVIN, S., «A responsibility to reality: a reply to Louise Arbour», *Review of International Studies*, vol. 36, 2010, pp. 47-54, esp. p. 50.

¹⁰⁷ SCHIFFBAUER, B., «The Duty to Prevent Genocide under International Law: Naming and Shaming as a Measure of Prevention», *Genocide Studies and Prevention*, vol. 12, 2018, núm. 3, pp. 83-94, esp. p. 84.

¹⁰⁸ LIUBASHENKO, V. I., «Legal Basis of the Responsibility of a State to Protect Its Population in International Law», *Baku State University Law Review*, vol. 3, 2017, pp. 26-39, esp. p. 34.

¹⁰⁹ KUWALI, D., «Old Crimes, New Paradigms», en ROTBERG, R. I. (ed.), *Mass Atrocity Crimes. Preventing Future Outrages*, World Peace Foundation, 2010, pp. 37-38.

¹¹⁰ BADELL, D., «La protección de civiles y la Responsabilidad de Proteger: dos visiones complementarias», Working Paper, Seminarios de Actualidad AEPDIRI-IBEI, *Humanitarismo y Relaciones Internacionales. Entre desafíos institucionales y controversia normativa*, 2016, p. 20.

virtud del art. VIII el CS es el órgano que tiene la autoridad para prevenir el acaecimiento de un genocidio por parte de un Estado sobre su propio pueblo.

71. Aquilina y Mulaj van más allá y proponen una lectura del art. VIII en clave de RDP, al sostener que si las Partes en la CPSG no cumplen con su obligación de prevenir, recae sobre la comunidad internacional llevar a cabo este deber de conformidad con el art. VIII, y que las medidas preventivas pueden tomar la forma de cualquiera de los medios enunciados en el Capítulo VI de la Carta, pero cuando la diplomacia falla, puede recurrirse a las medidas coercitivas de conformidad con la Carta, como lo dicta el art. VIII¹¹¹. Tal vez esta lectura pueda forzar un poco los términos del art. VIII, pero no podemos negar que todo tipo de medidas en virtud de la Carta, tanto del Capítulo VI como del Capítulo VII, están comprendidas dentro de sus disposiciones.

3.3. El art. VIII como precursor de la RDP

72. Por nuestra parte, no podemos dejar de ver al art. VIII CPSG como un verdadero precursor de la RDP, que se adelantó a su formulación en más de cinco décadas¹¹². En términos más generales, así lo sostuvo el Asesor Especial para la RDP Edward Luck:

*«The 1948 Convention was an early embodiment of the commitment to protect vulnerable populations worldwide from mass atrocities. Today, as the cornerstone of the concept of the principle of the Responsibility to Protect, this commitment is more accepted and more relevant than ever»*¹¹³.

73. No creemos que del hecho de que no nazcan obligaciones directas para los Estados pueda derivarse la irrelevancia de la disposición en este contexto. Por el contrario, como ya lo hemos repetido varias veces, su función es reforzar la idea de que la prevención y represión del genocidio es una materia de preocupación internacional susceptible de movilizar la acción de los órganos de las NU, reconociendo incluso —como lo acreditan los trabajos preparatorios— que el genocidio es una amenaza a la paz y la seguridad internacionales y puede, por tanto, justificar la adopción de medidas del Capítulo VII de la Carta. Así, creemos que el art. VIII no hace más que decirnos que la comunidad internacional, por medio de las NU, tiene la responsabilidad de «ayudar a proteger a las poblaciones del genocidio», en los términos del DF.

¹¹¹ AQUILINA, K. y MULAJ, K., «Limitations in Attributing State Responsibility under the Genocide Convention», *Journal of Human Rights*, vol. 17, 2017, núm. 1, pp. 123-139, esp. p. 130.

¹¹² No es lo único en que cabe considerar a los redactores de la Convención como visionarios. El art. VI mencionó a la Corte Penal Internacional exactamente cincuenta años antes de su creación en el Estatuto de Roma.

¹¹³ NACIONES UNIDAS, *Special Advisers of the United Nations Secretary-General on the Prevention of Genocide, Francis Deng, and on the Responsibility to Protect, Edward Luck, on the contemporary relevance of the commitment to prevent genocide and related crimes*, comunicado de prensa de 9 de diciembre de 2011, <https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/media/statements/2011/English/2011-12-09-Anniversary%20of%20the%20Convention%20Statement%20FINAL.pdf>.

74. En este contexto, la Oficina de las NU para la Prevención del Genocidio y la RDP se ha referido expresamente al art. VIII al señalar:

«*The political organs of the United Nations play an important role in supporting the implementation of the Convention, but not in making a legal determination as to whether a situation constitutes genocide under the Genocide Convention or under international criminal law. Appropriately-mandated United Nations offices and officials can use information collected, including through Commissions of Inquiry mandated by inter-governmental bodies, as well as through the Organization's own fact-finding mechanisms, to make an assessment of whether there is risk of genocide in a particular situation, or whether genocide may be on-going or may have taken place. Based on that assessment, the United Nations can advocate for action to prevent, halt and/or punish such "alleged" or "possible" crimes*»¹¹⁴.

75. El CS discute la RDP en sus debates sobre el tema «protección de civiles en conflictos»¹¹⁵, y en el contexto de esos debates, el representante de Liechtenstein vinculó expresamente el art. VIII con la RDP. Al señalar que los miembros permanentes deberían abstenerse de ejercer su derecho de veto en situaciones en las que se cometan los crímenes y actos de la RDP, agregó:

«El resto de los miembros de las Naciones Unidas también puede desempeñar una función respecto de lograr que la responsabilidad de proteger sea operacional, señalando las situaciones de conflicto a la atención del Consejo de Seguridad en debates públicos y en otros foros, tales como la Asamblea General. Además, el artículo 8 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio permite que cualquier parte contratante pida a los órganos competentes de las Naciones Unidas que tomen las medidas apropiadas»¹¹⁶.

76. Comentando estas declaraciones, Andreas Kolb señala que Liechtenstein menciona el art. VIII solamente respecto de las responsabilidades de todos los miembros de las NU, y no respecto del CS, lo que le hace pensar que es la RDP lo que da el marco para la prevención del genocidio, mientras que la CPSG parece ser percibida solamente como la que provee los medios por los cuales la RDP puede ser ejercida, es decir, a través del recurso a los órganos competentes de las NU¹¹⁷. No podemos compartir esta lectura, indudablemente inspirada en el esfuerzo del autor por encontrar una fuente jurídica vinculante para que los miembros del CS —y en especial los miembros permanentes— actúen de conformidad a la RDP. Es así que, desde nuestra óptica menos ambiciosa, vemos en la declaración una expresa vinculación entre el art. VIII y la RDP, sin la necesidad de distinguir entre sus destinatarios.

¹¹⁴ NACIONES UNIDAS, *When to Refer to a Situation as «Genocide»*, Guidance Note 1: <https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/publications-and-resources/GuidanceNote-When%20to%20refer%20to%20a%20situation%20as%20genocide.pdf>.

¹¹⁵ Sobre las diferencias entre ambos conceptos y los problemas asociados, véase, *i. a.*, FRANCIS, A., POPOVSKI, V. y SAMPFORD, C. (eds.), *Norms of protection: Responsibility to protect, protection of civilians and their interaction*, Nueva York, United Nations University Press, 2012, pp. 62-81.

¹¹⁶ CS, *Acta resumida de la 5703 sesión*, UN doc. S/PV.5703, 2007, p. 40; véase también S/PV.5719 (Resumption 1), p. 17.

¹¹⁷ KOLB, A. S., *op. cit.*, pp. 372-373.

77. Y es esta vinculación la que nos ayuda a responder una de las tantas críticas que los Estados opositores a la RDP¹¹⁸ han alzado, respecto del papel del CS en la respuesta a las atrocidades masivas. Aclaremos, no se trata de una crítica política, acerca del doble rasero y la selectividad del CS, el ejercicio del veto y la rendición de cuentas en caso de intervención —motivos que tienen que ver con la implementación y que son causa de razonables cuestionamientos incluso por los defensores de la RDP—, sino una crítica jurídica, cuestionando la autoridad del CS para actuar. Así, durante los debates de la AG, el representante de Venezuela sostuvo que el DF, siendo

«[u]n instrumento de menor jerarquía no puede autorizar a los miembros permanentes del Consejo de Seguridad a implementar un mecanismo que permitiría a estos ejercer una supuesta acción colectiva, implementando la responsabilidad de proteger, sin ninguna norma vinculante»¹¹⁹.

78. Por su parte, el representante de Cuba fue incluso más allá al sostener: «No existe norma jurídica que permita justificar el carácter legal de una intervención por motivos humanitarios por parte del Consejo de Seguridad en virtud del Capítulo VII de la Carta»¹²⁰.

79. Por nuestra parte, sostenemos firmemente que esa norma jurídica vinculante, cuya ausencia parecen señalar estos Estados críticos de la RDP, sí existe, y es el art. VIII CPSG, leído en conjunto con los arts. 24 y 39 de la Carta: el genocidio es una amenaza a la paz, y como tal, su prevención y represión caen dentro de la responsabilidad primordial del CS.

4. CONSIDERACIONES FINALES

80. El art. VIII demuestra dos singulares características de la RDP: por un lado, que la preocupación internacional por la prevención y represión de los crímenes atroces no es una preocupación moderna surgida en el siglo XXI, sino que es tan antigua como las NU. Por el otro, que la RDP, lejos de atentar contra el ordenamiento jurídico, está sólidamente fundada en el derecho internacional¹²¹, en el que la Convención contra el Genocidio ocupa un lugar especial. Aunque no sea en sí misma una norma, no parece tener necesidad de serlo: su valor radica en aglutinar bajo un único marco una multiplicidad de normas de diferentes regímenes, unidos por la necesidad de protección de la persona humana frente a los crímenes atroces que ponen en peligro la paz y la seguridad internacionales.

81. Visto así, y no obstante su escasa invocación en la práctica, el art. VIII se revela como un verdadero esfuerzo visionario de los redactores de la CPSG,

¹¹⁸ Sobre la cuestión, véase PEZZANO, L., *La Responsabilidad de Proteger en las Naciones Unidas*, Córdoba, CEA-UNC/Advocatus, 2016.

¹¹⁹ AG, *Sexagésimo tercer periodo de sesiones. Acta literal de la 99 sesión plenaria*, UN doc. A/63/PV.99, 2009, p. 5; véase también la declaración de Bolivia (*ibid.*, p. 10).

¹²⁰ *Ibid.*, p. 24.

¹²¹ BAN, K., *Hacer efectiva la responsabilidad de proteger. Informe del Secretario General*, UN doc. A/63/677, 2009, párr. 3.

que así presagiaron el desarrollo del sistema jurídico contemporáneo sobre prevención y sanción del genocidio¹²² y, agregamos, sobre la RDP.

82. El hecho de que del art. VIII no surjan obligaciones particulares para los Estados —aunque confirme la obligación de prevenir el genocidio que nace del art. I CPSG— ni para los órganos de las NU, no disminuye su importancia, que por el contrario, aparece ratificada en el contexto de la RDP, como una de las múltiples herramientas del derecho internacional para luchar contra las masivas violaciones de los derechos humanos. Se confirma así, una vez más, que el verdadero problema que subyace a la RDP no es jurídico, sino de voluntad política.

RESUMEN

RESCATANDO UNA NORMA DEL OLVIDO: EL ART. VIII DE LA CONVENCIÓN CONTRA EL GENOCIDIO Y LA RESPONSABILIDAD DE PROTEGER

El trabajo estudia el origen y la interpretación del art. VIII de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, así como los problemas para su invocación en la práctica, y propone una lectura actual de la norma, a través del prisma de la Responsabilidad de Proteger. En particular, plantea que el art. VIII puede ser considerado como un precursor de la Responsabilidad de Proteger, al haber reconocido expresamente las competencias de los órganos de las Naciones Unidas en materia de prevención y represión del genocidio en una fecha tan temprana como en 1948 y, de esa forma, sentar una importante base jurídica para la existencia de una responsabilidad de la comunidad internacional de proteger a las poblaciones de semejante crimen.

Palabras clave: genocidio, Convención de 1948, Naciones Unidas, amenaza a la paz, Responsabilidad de Proteger.

ABSTRACT

RESCUING A NORM FROM OBLIVION: ART. VIII OF THE GENOCIDE CONVENTION AND THE RESPONSIBILITY TO PROTECT

The paper examines the origin and interpretation of art. VIII of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, as well as the problems for its invocation in practice, and it proposes a current reading of that Article, through the prism of the Responsibility to Protect. In particular, the paper argues that art. VIII can be regarded as a precursor to the Responsibility to Protect, having expressly recognized the competences of United Nations organs in the prevention and suppression of genocide at as early as 1948. Also, the paper stresses that art. VIII has provided an important legal basis for the existence of a responsibility of the international community to protect populations from such a heinous crime.

Keywords: genocide, 1948 Convention, United Nations, threat to peace, Responsibility to Protect.

¹²² SCHIFFBAUER, B., *op. cit.*, nota 30, p. 290.

EL CONVENIO DE LA HAYA DE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS: ARQUITECTURA Y ALGUNOS PROBLEMAS SELECCIONADOS

Sara SÁNCHEZ FERNÁNDEZ*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LAS PIEZAS ESENCIALES DEL CONVENIO.—3. ÁMBITO DE APLICACIÓN.—4. FILTROS DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—5. MOTIVOS DE NO RECONOCIMIENTO.—6. ENCAJE CON OTROS INSTRUMENTOS EN MATERIA DE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN.—6.1. Sistema general.—6.2. Relaciones con las normas de la Unión Europea.—7. ALGUNOS PROBLEMAS PRÁCTICOS SELECCIONADOS.—7.1. Multas coercitivas.—7.2. Caducidad de la acción ejecutiva.—8. CONSIDERACIONES FINALES.

1. INTRODUCCIÓN

1. El 2 de julio de 2019, la Conferencia de La Haya adoptó, en su vigésimo segunda Sesión Diplomática, el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia civil y mercantil («Convenio Sentencias» o «Convenio»)¹. El texto tiene su origen en la propuesta, hecha por Estados Unidos en 1992, de un convenio doble en esta materia, *i. e.* un texto que abarcase tanto cuestiones de competencia judicial internacional como de reconocimiento y ejecución². Durante el periodo comprendido entre 1992 y 2001, las negociaciones avanzaron en esa dirección, hasta que los desacuerdos entre las distintas delegaciones en relación con algunos puntos clave —especialmente en aquellos relativos a las bases de competencia ju-

* Assistant Professor, IE Law School - IE University (sara.sanchez@ie.edu).

¹ Informe Explicativo del Convenio, elaborado por los Profesores Francisco J. Garcimartín y Geneviève Saumier («Informe Garcimartín/Saumier»), aprobado el 22 de septiembre de 2020. Versiones anteriores del Informe pueden consultarse en la página *web* de la Conferencia de La Haya. Disponible en <https://assets.hcch.net/docs/a1b0b0fc-95b1-4544-935b-b842534a120f.pdf>.

² La iniciativa estaba basada en la propuesta del Profesor Arthur von Mehern, que se articulaba sobre la base de una lista de criterios de competencia permitidos (lista blanca), otros prohibidos (lista negra) y otros que, sin estar prohibidos, no imponían el posterior reconocimiento de acuerdo con las normas del convenio (lista gris). Véase VON MEHREN, A. T., «Recognition and Enforcement of Foreign Judgments: A New Approach for the Hague Conference», *Law & Contemp. Probs.*, vol. 57, 1994, p. 271.

dicial internacional— impidieron que los trabajos cristalizaran en un convenio³. Como consecuencia de ello, los Estados optaron por considerar los distintos aspectos —competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución— separadamente.

2. El nuevo enfoque condujo, en primer lugar, a la aprobación del Convenio de 30 de junio de 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro de 2005 («Convenio sobre Acuerdos de Elección»)⁴. El texto, que resulta de aplicación cuando el acuerdo de elección es exclusivo, proporciona una solución para la litigación internacional similar a la del Convenio de Nueva York de 1958 en el ámbito del arbitraje⁵. Los elementos fundamentales son, pues, que el tribunal escogido debe conocer del asunto, cualquier otro tribunal debe suspender el procedimiento o en su caso inhibirse, y las sentencias dictadas por el tribunal elegido deben ser reconocidas y ejecutadas en los demás Estados contratantes⁶.

³ No obstante, la Comisión Especial sí llegó a aprobar un borrador («Preliminary draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters», con Informe Explicativo de los Profesores Peter Nygh y Fausto Pocar). Véanse sobre los antecedentes del Convenio y los principales escollos que se plantearon BORRÁS, A., «El Judgments Project de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: lecciones del pasado y desafíos para el futuro», *AEDIPr*, t. XII, 2013, pp. 921-931, esp. pp. 923-930; BRAND, R. A., «Jurisdiction and Judgments Recognition at the Hague Conference: Choices Made, Treaties Completed, and the Path Ahead», *NILR*, vol. 67, 2020, núm. 1, pp. 3-17; TEITZ, L. E., «Another Hague Judgments Convention? Bucking the past to provide for the future», *Duke J Comp & Int'l L*, vol. 19, 2019, núm. 3, pp. 491-512, esp. pp. 491-503; VAN LOON, H., «Towards a Global Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil or Commercial Matters», *Collection of Papers of the Faculty of Law, Niš*, año LVIII, 2019, núm. 82, pp. 15-35, esp. pp. 16-21. Una valoración general del Convenio Sentencias se puede encontrar en KESSEDIJIAN, C., «Comment on the Hague Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters. Is the Hague Convention of 2 July 2019 a useful tool for companies who are conducting international activities?», *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, vol. 1, 2020, pp. 19-33, y, desde la perspectiva de la Unión Europea, en WILDERSPIN, M. y VYSOKA, L., «The 2019 Hague Judgments Convention through European lenses», *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, vol. 1, 2020, pp. 34-49.

⁴ Véase el texto completo en <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=98>, Informe Explicativo de Trevor Hartley y Masato Dogauchi, <https://assets.hcch.net/docs/cf11c369-53a1-4cee-95b0-01c509ca1945.pdf>. Actualmente, son parte de este Convenio la Unión Europea, todos los Estados miembros, Reino Unido en previsión de su salida de la Unión Europea, México, Montenegro y Singapur.

⁵ Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958), disponible en <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-S.pdf>.

⁶ Arts. 5, 6 y 8 del Convenio. La literatura sobre el Convenio de Acuerdos de Elección de Foro es muy extensa. Véanse, entre otros muchos, HARTLEY, T., *Choice-of-court agreements under the European and international instruments: the revised Brussels I Regulation, the Lugano Convention and the Hague Convention*, OUP, 2013; GARNETT, R., «The Hague Choice of Court Convention: Magnum Opus or Much Ado About Nothing?», *Journal of Private International Law*, vol. 5, 2019, pp. 161-180. En la doctrina española, entre otros, CAMPUZANO DÍAZ, B., *Los acuerdos de elección de foro: un análisis comparado de su regulación en el convenio de La Haya de 2005 y en el Reglamento 1215/2012*, Comares, 2018; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., «El Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro: autonomía privada y competencia judicial internacional», *Annals de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*, 2014-2016, núm. 6, pp. 189-206; ARENAS GARCÍA, R., «La aprobación por la Unión Europea del Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro: un cruce de caminos», *La Ley Unión Europea*, 2015; PERTEGAS SENDER, M., «Nuevas reglas internacionales sobre las cláusulas de elección de foro en

3. Posteriormente, este nuevo enfoque de la Conferencia de La Haya ha llevado a la aprobación del Convenio Sentencias, que regula solamente el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, sin establecer reglas de competencia judicial internacional directa. El Convenio, como su propio preámbulo aclara, pretende ser un complemento en materia de reconocimiento y ejecución al Convenio sobre Acuerdos de Elección para aquellos casos en los que no haya un acuerdo exclusivo de elección de foro.

4. El objetivo de esta contribución es, en primer lugar, describir sucintamente los elementos esenciales de la arquitectura del Convenio. Al hilo de esta descripción, compararemos sus reglas con las establecidas en los principales instrumentos en materia de reconocimiento y ejecución del ordenamiento español: el Reglamento Bruselas I bis («RBI bis» o «Reglamento») y la Ley de Cooperación Jurídica Internacional (LCJI)⁷. En segundo lugar, se abordan dos problemas concretos que pueden surgir en la aplicación del Convenio. De un lado, las multas coercitivas que pueden ir asociadas a sentencias de hacer o no hacer; en particular, si estas se pueden reconocer en otros Estados contratantes conforme a las reglas del Convenio. De otro lado, nos referimos al cómputo del plazo de caducidad de la acción ejecutiva, especialmente cuando este sea más corto en el Estado requerido que en el Estado de origen.

5. El trabajo está organizado de la siguiente manera. En primer lugar, presentamos la estructura general del Convenio, señalando algunos de los elementos fundamentales que después se desarrollan con mayor grado de detalle. En segundo lugar, definimos su ámbito de aplicación. En tercer y cuarto lugar, nos ocupamos de dos de las cuestiones más relevantes en el modelo del Convenio: las reglas de competencia judicial indirecta y los motivos de denegación del reconocimiento. En quinto lugar, abordamos la relación del Convenio Sentencias con otros convenios internacionales, en particular el Convenio de Acuerdos de Elección, y con las normas de la Unión Europea en esta materia, *i. e.* RBI bis. En sexto lugar, nos referimos a los dos problemas prácticos seleccionados, *i. e.* multas coercitivas y caducidad de la acción ejecutiva. Por último, recapitulamos las conclusiones más relevantes.

2. LAS PIEZAS ESENCIALES DEL CONVENIO

6. El Convenio establece un estándar mínimo para la libre circulación de sentencias entre los Estados contratantes⁸. El sistema descansa sobre dos

contratos internacionales: El Convenio de La Haya y el Reglamento Bruselas I bis», *AEDIPr*, t. XIV-XV, 2015, pp. 111-126.

⁷ Reglamento (UE) núm. 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, *DO L* núm. 351, de 20 de diciembre de 2012; Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, *BOE* núm. 182, de 31 de julio de 2015.

⁸ Véase la regla general del art. 4.1 y la referencia a su aplicación *inter partes* en el art. 1.2 del Convenio.

elementos esenciales: i) un catálogo de reglas de competencia judicial internacional indirecta, que hacen nacer la obligación de reconocimiento recíproco, y ii) una serie de causas de denegación del reconocimiento, que funcionan como excepciones a esa obligación.

7. En primer lugar, el Convenio prevé que, dentro de su ámbito de aplicación, se reconozcan las sentencias dictadas por otro Estado contratante, siempre que lo hayan sido de acuerdo con determinadas bases de competencia judicial internacional establecidas en el art. 5. Estos «filtros» de competencia son la «puerta de acceso»: solamente las sentencias que entren por ella hacen nacer la obligación convencional de reconocimiento y ejecución⁹. Además, de conformidad con su régimen especial, también circulan de acuerdo con las normas del Convenio las sentencias dictadas conforme a la competencia exclusiva en materia de derechos reales sobre bienes inmuebles que, como es común en la mayoría de los ordenamientos nacionales, corresponde al Estado de situación del inmueble (art. 6).

8. A partir de aquí, un Estado contratante únicamente puede denegar el reconocimiento de una sentencia si concurre alguna causa de no reconocimiento. El texto establece una lista cerrada de motivos que permiten —pero no obligan— a denegar dicho reconocimiento (art. 7)¹⁰.

9. Por otra parte, como decíamos, el Convenio solo establece un estándar mínimo para el reconocimiento. Un «suelo», no un «techo». Incluso si una sentencia no fuera susceptible de reconocimiento, bien porque no encaje en ninguno de los filtros de competencia, bien porque exista un motivo de denegación del reconocimiento convencional, podría reconocerse de acuerdo con las normas más favorables del Estado requerido¹¹. Con una única limitación: la competencia exclusiva en materia de derechos reales sobre inmuebles. Las sentencias en esta materia que no hayan sido dictadas por el tribunal del Estado contratante donde esté situado el bien inmueble no serán reconocidas tampoco conforme a Derecho nacional.

10. La opción por un estándar de mínimos implica que la utilidad del Convenio es muy relativa. Habrá Estados contratantes con normas más restrictivas que las establecidas por el Convenio, en los que la aplicación de este

⁹ BRAND, R. A., «The Circulation of Judgments Under the Draft Hague Judgments Convention», *U. of Pittsburgh Legal Studies Research Paper No. 2019-02*, p. 12. Por tanto, son reglas de competencia judicial indirecta, que únicamente tienen relevancia a efectos de disfrutar de las reglas de reconocimiento del Convenio. No pretenden establecer bases de competencia judicial internacional directa para los Estados contratantes. Véase párr. 135 del Informe Garcimartín/Saumier.

¹⁰ El art. 8 establece una causa adicional de no-reconocimiento. Junto a estas causas que juegan «dentro» del Convenio, se prevén distintas declaraciones y mecanismos de objeción para excluir la aplicación del Convenio en determinadas materias (arts. 18 o 19) y/o en relación con determinados Estados (art. 29).

¹¹ Art. 15 del Convenio. De hecho, podrían combinarse disposiciones de ambos sistemas —nacional y Convenio—, de tal forma que la persona que busca el reconocimiento podría beneficiarse de un filtro de competencia judicial internacional de Derecho nacional y de los motivos de denegación del reconocimiento del Convenio, si estos son más flexibles que los del Derecho nacional del Estado requerido. Véase párr. 326 del Informe Garcimartín/Saumier.

suponga cierta liberalización en el reconocimiento de sentencias extranjeras¹². En caso contrario, el interés práctico del Convenio es muy limitado¹³.

3. ÁMBITO DE APLICACIÓN

11. El Convenio se aplica *inter partes*, *i. e.* solo al reconocimiento y ejecución de sentencias dictadas por otro Estado contratante¹⁴. Por su parte, la definición del ámbito de aplicación material del Convenio está inspirada en el RBI bis y en el Convenio sobre Acuerdos de Elección, aunque es más amplio que este último pues, por ejemplo, cubre los contratos de consumo y de trabajo¹⁵.

12. El Convenio se aplica en materia civil y mercantil, y no incluye —se dice así expresamente, como en el RBI bis— la materia fiscal, aduanera y administrativa¹⁶. Además, existe una lista de exclusiones que también recuerda a la del Reglamento, pero que va más allá, y deja fuera algunas cuestiones por diferentes motivos.

13. En primer lugar, se excluyen, como también se hace en el Convenio sobre Acuerdos de Elección, el transporte internacional de pasajeros y mercaderías, la contaminación marítima transfronteriza y la nuclear¹⁷. En ambos casos, porque existen instrumentos internacionales que cubren estas materias. También es esta la explicación de la exclusión del arbitraje¹⁸. Se excluyen también ciertas materias particularmente sensibles para algunos Estados: difamación, privacidad y, sobre todo, propiedad intelectual e industrial, cuya inclusión en el ámbito de aplicación del Convenio se consideró

¹² La opción por un estándar de mínimos es habitual en convenios que cubren cuestiones de reconocimiento y ejecución. Véase, entre otros, BONOMI, A., «Courage or Caution? A Critical Overview of the Hague Preliminary Draft on Judgments», *Yearbook of Private International Law*, vol. 17, 2015-2016, pp. 1-31, esp. p. 7. Un ejemplo que viene fácilmente a la mente es el del Convenio de Nueva York de 1958, art. VII.

¹³ Véase Study requested by the European Parliament, *The Hague Conference on Private International Law «Judgments Convention»*, abril de 2018, p. 30. Como señala BONOMI, A., *op. cit.*, nota 14, pp. 30-31, si se toma como referencia la relación entre Estados Unidos y los Estados miembros, el Convenio peca de prudente y añade poco nuevo a lo ya establecido por las normas nacionales, por lo que, en este sentido, su trascendencia es mínima.

¹⁴ Art. 1.2 del Convenio. Se trata, pues, de un Convenio basado en la reciprocidad, véase BONOMI, A., *op. cit.*, nota 14, p. 7. No obstante, nótese que el art. 29 del Convenio establece un mecanismo de *opting-out* o exclusión bilateral de la aplicación del Convenio, pensado típicamente para situaciones en las que un Estado entienda que otro Estado contratante no posee un sistema judicial con suficientes garantías de imparcialidad.

¹⁵ Véase BONOMI, A., *op. cit.*, nota 14, pp. 5-6, y art. 2 del Convenio sobre Acuerdos de Elección de Foro, sobre la exclusión de los contratos de consumo y de trabajo.

¹⁶ Art. 1.1 del Convenio. Esta aclaración es pertinente dado el diferente significado que las jurisdicciones de *common law* otorgan al término «civil», que puede cubrir un buen número de materias de Derecho público (véase párr. 33 del Informe Garcimartín/Saumier). La lista de cuestiones de Derecho público es, por supuesto, meramente ejemplificativa: el Convenio tampoco se aplica en el ámbito penal, por ejemplo (véase párr. 34 del Informe Garcimartín/Saumier).

¹⁷ Art. 2.1.f), g) y h) del Convenio.

¹⁸ Art. 2.3 del Convenio.

hasta el último momento¹⁹. Tampoco se encuentran incluidas en su ámbito cuestiones como la validez o nulidad de las sociedades u otras personas jurídicas y de las decisiones de sus órganos, que en el RBI bis sí lo están. Por último, la exclusión del Derecho de la competencia es solamente parcial: el Convenio sí cubre las sentencias en materia de cárteles cuando tanto la conducta como los efectos de estos tuvieran lugar en el Estado de origen²⁰.

14. Además, los Estados contratantes pueden excluir del ámbito de aplicación, por vía de declaración, determinadas materias adicionales²¹. Como se ha señalado, esta previsión funciona como una «válvula de seguridad» para los Estados, que tiene como objetivo favorecer que estos ratifiquen el Convenio a pesar de que exista alguna cuestión concreta, dentro de su ámbito de aplicación material, que no les resulte aceptable²².

15. El ámbito de aplicación del Convenio viene determinado también por la definición del término «sentencia». De acuerdo con el art. 3.1.b), son sentencias todas las resoluciones que resuelvan una cuestión de fondo, con independencia de que se refiera a obligaciones pecuniarias o no, incluidas aquellas en las que se liquiden las costas²³. Del reconocimiento de sentencias de hacer y no hacer y, en particular, de la inclusión en el ámbito de aplicación del Convenio de las multas coercitivas que pueden llevar asociadas, nos ocupamos en detalle más adelante (*infra* párrs. 41-46). Las decisiones no firmes se pueden ejecutar (si son ejecutivas en el Estado de origen) pero se prevé que el tribunal del Estado requerido pueda («may») posponer o denegar el reconocimiento. No obstante, dicha denegación no impide volver a solicitar posteriormente el reconocimiento y la ejecución de la misma sentencia²⁴. Las medidas cautelares, por el contrario, no se consideran sentencias y no son, pues, ejecutables de acuerdo con el Convenio.

16. A partir de aquí, se pueden deducir algunas diferencias con los dos regímenes principales vigentes en nuestro Derecho. En concreto, el Convenio, en este punto, difiere fundamentalmente del RBI bis en dos aspectos. De un lado, en el instrumento europeo no cabe denegar la ejecución de las resoluciones no firmes pero ejecutivas en el Estado de origen²⁵; y, de otro lado, las medidas cautelares sí se ejecutan, siempre que se hayan dictado por el

¹⁹ Art. 2.1.k), l) y m) del Convenio. La exclusión de la propiedad intelectual e industrial reduce la utilidad del Convenio, dada su creciente importancia. Véase TEITZ, L. E., *op. cit.*, nota 3, p. 505, y sobre las razones que llevaron a dicha exclusión en el marco de las negociaciones, NORTH, C., «The Exclusion of Privacy Matters from the Judgments Convention», *NILR*, vol. 67, 2020, núm. 1, pp. 33-48.

²⁰ Art. 2.1.p) del Convenio. Sobre la ratio de esta exclusión parcial, véanse los párrs. 69-73 del Informe Garcimartín/Saumier.

²¹ Art. 18 del Convenio.

²² Véase GODDARD, D., «The Judgments Convention - The Current State of Play», *Duke J Comp & Intl L*, vol. 29, 2019, pp. 473-490, esp. p. 482.

²³ Véase GODDARD, D., *op. cit.*, nota 25, pp. 486-487. También se reconocen conforme a las reglas del Convenio las transacciones judiciales que tienen efectos como una sentencia en el Estado de origen (art. 11 del Convenio).

²⁴ Art. 4.4 del Convenio.

²⁵ Sí cabe, no obstante, la suspensión. Véanse arts. 38, 44.2 y 51 RBI bis.

tribunal competente para conocer del fondo y no se hayan adoptado *inaudita parte* (salvo a partir de su notificación)²⁶. La LCJI, por su parte, solo prevé el reconocimiento y la ejecución de las sentencias firmes y, aunque en principio permite ejecutar medidas cautelares acordadas por un tribunal extranjero cuando estas se hayan dictado con audiencia del demandado y siempre que la denegación del reconocimiento pueda suponer una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, lo cierto es que, en la práctica, la prueba de estas condiciones hace difícil su consecución²⁷.

4. FILTROS DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

17. Solo las sentencias dictadas en el Estado de origen conforme a alguna de las bases de competencia judicial internacional establecidas en el art. 5 circulan de acuerdo con las normas del Convenio. Este artículo, por tanto, es clave en el sistema del Convenio. En él se establece un catálogo o lista cerrada de trece filtros de competencia, que cubren las bases de competencia judicial internacional más habituales en Derecho comparado. Estos filtros vienen a expresar el mínimo común denominador universal en la materia. Recuérdese que, además, se establece una competencia exclusiva: solamente se pueden reconocer resoluciones en materia de derechos reales sobre bienes inmuebles si han sido dictadas por los tribunales del Estado de situación del inmueble.

18. Los 13 filtros de competencia judicial internacional del art. 5.1 se pueden reconducir a tres categorías tradicionales: aquellos que establecen la competencia sobre la base de la relación entre el demandado y el foro, aquellos que lo hacen sobre la base de la autonomía de la voluntad y los que se refieren a la relación objetiva del objeto del litigio con el Estado de origen²⁸.

19. En la primera categoría se enmarcan los párrs. *a)* a *d)* del art. 5.1. Una sentencia dictada por los tribunales de otro Estado contratante se debe reconocer y ejecutar cuando la persona frente a la que se solicita el reconocimiento y ejecución fuese residente habitual en el Estado de origen *a)*, tuviese allí su establecimiento principal y el litigio surgiese de su actividad *b)*, si fue esta persona quien presentó la demanda en el Estado de origen *c)*, o cuando el demandado tuviese una sucursal, establecimiento o agencia en ese Estado y el litigio surgiese de su actividad *d)*.

20. En la segunda categoría, *i. e.* competencia fundada en la autonomía de la voluntad, se encuentran los párrs. *e)*, *f)*, *m)* y *l)*: se reconocen las sentencias dictadas por el tribunal de origen si el demandado aceptó expresa *e)* o implícitamente *f)* su competencia en el curso del procedimiento, si se celebró

²⁶ Arts. 2.a) y 42.2 RBI bis.

²⁷ Arts. 41.1 LCJI y 43.b) LCJI en relación con el art. 207 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, BOE núm. 7 de 8 de enero de 2000 (LEC) y art. 41.4 LCJI.

²⁸ Véase párr. 138 del Informe Garcimartín/Saumier, y *The Hague Conference on Private International Law «Judgments Convention», op. cit.*, nota 15, pp. 13-14.

un acuerdo de elección de foro no exclusivo (y, por tanto, no cubierto por el Convenio de Acuerdos de Elección *m*) y también las demandas reconvenionales (en cierta medida también reconducibles a esta categoría *l*)²⁹.

21. La tercera y última categoría, esto es, bases de competencia que se fundan en la relación entre la disputa y el Estado de origen, cubre los apdos. *g*) a *k*): en materia de obligaciones contractuales *g*), de alquiler de bienes inmuebles *h*), obligaciones contractuales garantizadas con derechos reales sobre bienes inmuebles *i*), obligaciones extracontractuales *j*) y aquellas relacionadas con *trusts k*).

22. En materia de contratos de consumo y trabajo, cuando la persona frente a la que se solicita el reconocimiento y la ejecución es el consumidor o el trabajador, no son de aplicación ni el filtro de competencia en materia contractual ni los que se fundan en la autonomía de la voluntad, salvo que el consumidor o trabajador prestase oralmente o por escrito su consentimiento en el curso del procedimiento en el Estado de origen³⁰. Además, se excluyen del art. 5.1 las resoluciones sobre alquileres de bienes inmuebles si estos tienen un uso residencial: estas solamente se reconocen y ejecutan si las ha dictado el tribunal del Estado de situación del inmueble³¹.

23. Los 13 filtros de competencia reflejan, en gran medida, las bases de competencia judicial internacional habituales en Europa, particularmente las que prevé el RBI bis. No obstante, la formulación concreta de algunos filtros se aparta de la que establece el Reglamento, lo que podría conducir a que sentencias dictadas sobre su base no se pudieran reconocer fuera de la Unión Europea al amparo del Convenio. Simplemente a modo de ejemplo, mencionamos dos a continuación.

24. En materia de obligaciones contractuales [art. 5.1.g)], se reconocen las sentencias dictadas por el tribunal del lugar de cumplimiento de la obligación, salvo que las actividades del demandado en ese Estado manifiestamente no constituyan un vínculo estrecho e intencional con este. El punto de partida, por tanto, es similar, aunque no perfectamente coincidente, con el del RBI bis. El Convenio toma como relevante para todo tipo de contratos el lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda, mientras que, como es sabido, el RBI bis define como criterio de conexión para los contratos de compraventa de mercaderías y de prestación de servicios el lugar de entrega de las mercaderías y de prestación de los servicios, respectivamente.

25. Además, en el Convenio, el lugar de cumplimiento de la obligación se determina por acuerdo de las partes o, en su defecto, de acuerdo con la ley

²⁹ Véase sobre la diversidad de las regulaciones nacionales en la materia y la opción adoptada en el Convenio Sentencias SAUMIER, G., «Submission as a Jurisdictional Basis and the HCCH 2019 Judgments Convention», *NILR*, vol. 67, 2020, núm. 1, pp. 49-65.

³⁰ Art. 5.2 del Convenio. Véase sobre el tratamiento de las sentencias en materia de contratos de consumo DE ARAUJO, N. y DE NARDI, M., «Consumer Protection Under the HCCH 2019 Judgments Convention», *NILR*, vol. 67, 2020, núm. 1, pp. 67-79.

³¹ Art. 5.3 del Convenio.

aplicable conforme a las normas de conflicto del Estado requerido. En ambos casos, el lugar de cumplimiento de la obligación deja de funcionar como criterio de conexión aceptable cuando claramente el demandado carezca de vínculo estrecho e intencional con ese Estado. Este segundo elemento, ausente en la tradición europea, trae causa en la prevención de algunos Estados frente a los resultados aleatorios a los que puede llevar en algunos casos una pura conexión geográfica, por ejemplo en contratos celebrados *online*³².

26. Como consecuencia de lo anterior, es posible que sentencias dictadas en la Unión Europea sobre la base del art. 7.1 RBI bis no se puedan reconocer al amparo de las normas del Convenio en, por ejemplo, Estados Unidos³³. Por ejemplo porque se trate de una sentencia dictada en un litigio cuyo objeto es la falta de pago en un contrato de prestación de servicios, dictada sobre la base del art. 7.1.b) RBI bis. O bien porque, a pesar de haber sido dictada por el tribunal del Estado donde se cumplió la obligación que sirve de base a la demanda, el tribunal del Estado requerido entienda que claramente no existe vínculo estrecho e intencional del demandado con el Estado de origen.

27. Otro ejemplo son las sentencias en materia de obligaciones extracontractuales. El art. 5.1.j) prevé que se puedan reconocer las sentencias que hayan sido dictadas por el tribunal del lugar donde se haya producido el hecho (u omisión) generador del daño. El lugar de materialización del daño se excluye expresamente como criterio de conexión³⁴. En consecuencia, este filtro no coincide con la interpretación que el TJUE ha hecho de la regla de competencia judicial internacional en materia extracontractual del RBI bis en los denominados delitos a distancia³⁵. En esos casos, vale la «regla de la ubicuidad», que permite al demandante plantear la demanda tanto en el lugar del evento causal como en el lugar en el que se sufre el daño. Una sentencia dictada en la Unión Europea sobre la base del art. 7.2 RBI bis en este segundo supuesto no sería susceptible de ser reconocida al amparo de las normas del Convenio³⁶.

28. Por otro lado, naturalmente, la propia existencia de un sistema de filtros de competencia se aparta de lo establecido en el RBI bis. Como es sabido, este texto es «doble»: de un lado, establece bases de competencia judicial in-

³² Se trata de una norma de consenso, cuya introducción buscaba un equilibrio entre distintas tradiciones jurídicas, *i. e.* europea y estadounidense, y que se configura como una salvaguardia para evitar que el lugar designado por la ley aplicable al contrato sea arbitrario e injusto para el demandado. La carga de la prueba corresponde a quien alega que no existe dicho vínculo. Véanse párrs. 180-188 del Informe Garcimartín/Saumier y BONOMI, A., *op. cit.*, nota 14, p. 18.

³³ BONOMI, A., *op. cit.*, nota 14, pp. 19-23. A no ser, claro está, que sea de aplicación algún otro filtro, por ejemplo, art. 5.1.a).

³⁴ Este filtro está limitado a los daños directos físicos (fallecimiento y daños corporales) y a los daños a activos materiales. El enfoque que se sigue en este artículo se corresponde con la tradición estadounidense en esta materia. BONOMI, A., *op. cit.*, nota 14, p. 25.

³⁵ Art. 7.2 RBI bis, interpretado de acuerdo con la sentencia del TJUE en el asunto *Mines de Potasse d'Alsace*, C-21/76 (ECLI:EU:C:1976:166).

³⁶ BONOMI, A., *op. cit.*, nota 14, p. 26. También salvo que sea de aplicación alguno otro de los filtros, por ejemplo, art. 5.1.a).

ternacional (directa) comunes en todos los Estados miembros y, de otro lado, un régimen de reconocimiento y ejecución de resoluciones que descansa en el principio de confianza mutua en el control de esa competencia que ha hecho el tribunal del Estado de origen. Como consecuencia, el sistema arranca de la ausencia de control de la competencia en sede de reconocimiento. Esta regla general solo conoce las siguientes excepciones. De un lado, resoluciones en materia de competencias exclusivas (por lo que nos interesa, solo se reconocen sentencias en materia de derechos reales sobre bienes inmuebles y alquileres de bienes inmuebles que hayan sido dictadas por los tribunales del Estado miembro de localización del inmueble) y en materia contratos de seguro, trabajo y consumo, cuando la parte débil es la demandada (solo se reconocen resoluciones dictadas por el tribunal del domicilio de estas)³⁷. Estas dos excepciones coinciden en gran medida con lo que establece el Convenio para estas materias. De otro lado, el Reglamento prevé el no reconocimiento de resoluciones dictadas por los tribunales de un Estado miembro contra un domiciliado en un tercer Estado y basadas en un foro exorbitante, cuando el Estado miembro requerido y tal tercer Estado hubieran celebrado un acuerdo en ese sentido³⁸.

29. La LCJI, por su parte, aunque sí establece bases de competencia judicial internacional indirecta para el reconocimiento de sentencias, no sigue un modelo basado en un catálogo o lista cerrada de criterios de competencia indirecta, sino que opta por una cláusula general: se reconocen las resoluciones dictadas por tribunales cuando su competencia responda a una «conexión razonable». Eso sí, se presume que existe esta cuando la competencia del tribunal de origen se hubiera basado en criterios similares a los del Derecho español. Solamente se prevé expresamente que no se reconocerán resoluciones dictadas en violación de competencias exclusivas³⁹.

5. MOTIVOS DE DENEGACIÓN DEL RECONOCIMIENTO

30. Una vez que una sentencia ha entrado por la «puerta de acceso» de los filtros de competencia judicial internacional, se debe reconocer y ejecutar de acuerdo con el Convenio, salvo que concurra causa de denegación. El art. 7 del Convenio establece una lista de siete motivos que pueden («may») conducir a la denegación del reconocimiento y ejecución. Esta previsión está dirigida a los Estados, que son libres, por ejemplo, de adoptar solo algunos de los motivos, exigir el reconocimiento en otros o añadir criterios que regulen la discrecionalidad de sus tribunales⁴⁰.

³⁷ Art. 45.1.e) RBI bis.

³⁸ Art. 72 RBI bis en relación con el art. 59 del Convenio relativo a la competencia judicial internacional y el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, firmado el 27 de septiembre de 1968.

³⁹ Véase el art. 46.1.c) LCJI respecto a ambas cuestiones.

⁴⁰ Párr. 246 del Informe Garcimartín/Saumier.

31. Los motivos de no reconocimiento replican en gran medida los del Convenio de Acuerdos de Elección y también siguen muy de cerca a los que establece el RBI bis y nuestra LCJI⁴¹. Se pueden clasificar en tres grupos⁴².

32. En primer lugar, los que atienden al proceso seguido en el Estado de origen [art. 7.1.a), b) y d)]. Ahí se encuadra la denegación de reconocimiento por falta de correcta notificación a), sentencias que se hubieran obtenido fraudulentamente y b) sentencias dictadas en violación de un acuerdo de elección de foro d). La defensa basada en el fraude que, desde la perspectiva europea, se puede subsumir en el orden público, se configura en el Convenio como un motivo de denegación autónomo, como es habitual en los sistemas de *common law*⁴³. Por el contrario, la falta de correcta notificación como motivo de denegación autónomo sí es coincidente con el sistema continental (el RBI bis y, parcialmente, la LCJI)⁴⁴. Por último, las sentencias dictadas en violación de una cláusula de elección de foro sí se reconocen en el modelo del RBI bis, basado en el principio de confianza mutua, pues la competencia judicial internacional del Estado de origen no se puede controlar. Naturalmente, no es el caso del Convenio de Acuerdos de Elección, que solamente prevé el reconocimiento de sentencias dictadas por el tribunal elegido, ni tampoco el de la LCJI.

33. En segundo lugar, los párrs. c) y e) del art. 7.1 se refieren a los efectos de la sentencia en el Estado requerido: cabe denegar el reconocimiento en caso de manifiesta incompatibilidad con su orden público o cuando exista una sentencia inconciliable del Estado requerido entre las mismas partes⁴⁵. Ambos motivos están recogidos tanto en el Convenio de Acuerdos de Elección —con la misma dicción— como en el RBI bis y la LCJI⁴⁶.

34. También el art. 7.2 hace referencia a los efectos en el Estado requerido. Este permite denegar el reconocimiento de una sentencia extranjera cuando exista un litigio pendiente en el Estado requerido entre las mismas partes y con la misma causa. Para ello deben concurrir dos condiciones. De un lado, que la demanda se hubiera formulado en el Estado requerido antes

⁴¹ Arts. 45 RBI bis y 46 LCJI.

⁴² Párr. 245 del Informe Garcimartín/Saumier.

⁴³ Párr. 255 del Informe Garcimartín/Saumier. El apdo. b), a diferencia del correspondiente en el Convenio de Acuerdos de Elección de Foro, cubre no solo el fraude relacionado con el proceso extranjero, sino también el fraude desde el punto de vista sustantivo. Véanse párrs. 256-257 del Informe Garcimartín/Saumier; BONOMI, A., *op. cit.*, nota 14, p. 10.

⁴⁴ Arts. 45.1.b) RBI bis y 46.1.b) LCJI (véase, no obstante, BONOMI, A., *op. cit.*, nota 14, p. 10, sobre las diferencias entre el Convenio y el RBI bis).

⁴⁵ En relación con el motivo de orden público, nótese que el Convenio Sentencias, al igual que el Convenio de Acuerdos de Elección, regula separadamente la posibilidad de que el Estado requerido no reconozca resoluciones en las que se otorguen daños que vayan más allá de la compensación del daño sufrido, *i. e.* daños punitivos (art. 10). Por tanto, este motivo de denegación no se subsume en el orden público. Véase sobre el concepto de orden público en el Convenio Sentencias JANG, J., «The Public Policy Exception Under the New 2019 HCCH Judgments Convention», *NILR*, vol. 67, 2020, núm. 1, pp. 97-111.

⁴⁶ Art. 9.1.e) y f) del Convenio de Acuerdos de Elección de Foro, art. 45.1.a) y c) RBI bis y arts. 46.1.a) y d) LCJI.

que en el Estado de origen⁴⁷. De otro, que exista un vínculo estrecho entre el litigio y el Estado requerido⁴⁸. Esta causa de denegación del reconocimiento se recoge en la LCJI⁴⁹, pero no así en RBI bis, que contempla normas de litispendencia de aplicación en todos los Estados miembros que deberían impedir este resultado.

35. En tercer lugar, la letra *f*) del art. 7.1 prevé la denegación de reconocimiento cuando existe otra sentencia anterior, dictada por otro Estado (independientemente de que este sea un Estado contratante) entre las mismas partes y con el mismo objeto y causa, que sea susceptible de reconocimiento en el Estado requerido. Esta causa de denegación se recoge tanto en el RBI bis como en la LCJI⁵⁰.

6. ENCAJE CON OTROS INSTRUMENTOS EN MATERIA DE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE DECISIONES

6.1. Sistema general

36. Algunos de los problemas de encaje del Convenio con otros textos se han eliminado en la medida en que, cuando existen convenios en materias específicas, estas han quedado excluidas del ámbito de aplicación del Convenio (véase *supra* párr. 13)⁵¹. En los restantes casos, esto es, convenios, tanto anteriores como posteriores, en la misma materia que sean incompatibles en su aplicación a un caso concreto con el Convenio Sentencias, se prevé que tales convenios prevalecen sobre este último⁵². Dicha prevalencia no se circunscribe al principio *favor recognitionis*, por lo que es posible denegar el reconocimiento sobre la base de esos otros convenios⁵³. La única limitación se establece en el caso de convenios posteriores, que no pueden afectar a las obligaciones, frente a Estados contratantes que no sean parte de ese convenio posterior, en materia de derechos reales sobre bienes inmuebles⁵⁴.

37. En principio, el Convenio Sentencias y el Convenio de Acuerdos de Elección son complementarios. Además, ambos establecen solamente un es-

⁴⁷ El Convenio no regula la litispendencia. No obstante, por vía de denegación del reconocimiento, está sancionando el incumplimiento por parte del Estado requerido de la regla de la prioridad temporal en la litigación paralela, común en muchos ordenamientos nacionales. BONOMI, A., *op. cit.*, nota 14, p. 11.

⁴⁸ Este segundo requisito pretende limitar los comportamientos oportunistas de demandantes que, haciendo uso de foros exorbitantes, *i. e.* que no estén basados en una vinculación estrecha con el foro, presenten demandas para la obtención de una «declaración negativa» con el fin de evitar el reconocimiento de una sentencia extranjera. Véase párr. 275 Informe Garcimartín/Saumier.

⁴⁹ Art. 46.1.f) LCJI.

⁵⁰ Arts. 45.1.d) RBI bis y 46.1.e) LCJI.

⁵¹ *The Hague Conference on Private International Law «Judgments Convention»*, *op. cit.*, nota 15, pp. 17-19.

⁵² Art. 23.2 y 23.3 Convenio.

⁵³ Párr. 379 del Informe Garcimartín/Saumier.

⁵⁴ Último inciso del art. 23.3 del Convenio.

tándar de mínimos, por lo que, por regla general, no habrá situaciones de incompatibilidad. No obstante, esta podría darse excepcionalmente. Imagínese la situación de que el tribunal del Estado requerido C, tuviera que valorar el reconocimiento de dos sentencias dictadas en dos Estados contratantes distintos, A y B, sobre la base de uno de los dos convenios cada una de ellas y, de acuerdo con estos, el tribunal de C no estuviera obligado a reconocer ninguna. Esto podría suceder, por ejemplo, cuando una de las sentencias hubiera sido dictada en el Estado A sobre una de las bases de competencia del art. 5 del Convenio, por ejemplo, la residencia habitual de la persona frente a la que se solicita el reconocimiento, en violación de un acuerdo de elección de foro exclusivo en favor de los tribunales del Estado B. Y la otra hubiese sido dictada por los tribunales del Estado elegido B, con posterioridad a la dictada en A. En ese caso, el art. 7.1.d) del Convenio Sentencias permitiría denegar el reconocimiento de la primera, por haber sido dictada en violación del acuerdo de elección de foro, y el art. 9.g) del Convenio de Acuerdos de Elección permitiría hacerlo con la segunda, por haber sido dictada con posterioridad. Sin embargo, en circunstancias (excepcionales) como la que se describe, el objetivo que ambos convenios tratan de alcanzar, *i. e.* libre circulación de sentencias, debería impedir que el resultado final fuese la denegación del reconocimiento de ambas sentencias⁵⁵.

6.2. Relación con las normas de la Unión Europea

38. Las normas en materia de reconocimiento de las organizaciones de integración regional que sean parte del Convenio, como será el caso de la Unión Europea si lo ratifica, también prevalecen sobre este en caso de conflicto⁵⁶. Por tanto, dentro de la Unión Europea las sentencias se seguirán reconociendo de acuerdo con el RBI bis o de acuerdo con cualquier futuro instrumento que pueda dictar la Unión Europea en esta materia. De nuevo, con un único límite en el segundo caso: las competencias exclusivas cuando el bien esté situado en un Estado no miembro de la Unión Europea pero que sea parte del Convenio⁵⁷.

39. Esta limitación implicaría en el futuro una restricción a la libre circulación de sentencias dentro de la Unión Europea en los (improbables) casos en los que un tribunal de un Estado miembro dictase una sentencia en

⁵⁵ Véanse los párrs. 375-379 del Informe Garcimartín/Saumier (párr. 378 concretamente sobre esta situación).

⁵⁶ La ratificación del Convenio Sentencias es vista con buenos ojos por la Comisión. La consulta pública que abrió la Comisión en esta materia se cerró el 5 de octubre de 2020, véase <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12166-Accession-to-the-Judgments-Convention/public-consultation>.

Véase también brevemente sobre esta cuestión REQUEJO ISIDRO, M., *Should the EU join the Hague Judgments Convention?*, 17 de febrero de 2020, disponible en <https://eapil.org/2020/02/17/should-the-eu-join-the-hague-judgments-convention/>.

⁵⁷ Art. 23.4.i) (en materia de instrumentos anteriores), y ii) (en materia de instrumentos posteriores) del Convenio.

materia de derechos reales sobre un bien inmueble localizado en un tercer Estado, parte del Convenio. Imagínese que España dictara una sentencia en esta materia sobre un bien situado, por ejemplo, en Japón, suponiendo que este fuera parte del Convenio. Aunque se les reconozca a las competencias exclusivas del RBI bis un «efecto reflejo» frente a terceros Estados y, por tanto, deban respetarse, el control de la competencia del tribunal se seguiría realizando sobre la base de las normas de fuente internas. En el caso español, estas prevén el control a instancia de parte⁵⁸. En la práctica, esto implica que la sumisión tácita prevalece sobre la competencia exclusiva y los tribunales españoles podrían dictar una sentencia. A día de hoy, esa sentencia circularía libremente en la Unión Europea, dado que, conforme al RBI bis, las competencias exclusivas de terceros Estados no se protegen en sede de reconocimiento. Corresponde al Estado miembro de origen decidir si se respetan o no y, a partir del momento en que se dicta sentencia, esta se reconoce dentro de la Unión Europea como cualquier otra dictada por los tribunales de un Estado miembro⁵⁹.

40. Pues bien, de acuerdo con el art. 24.4.ii) del Convenio, la situación cambiaría en el futuro con el instrumento que sustituyera al RBI bis, pues exige que, en todo caso, se respeten las competencias exclusivas en materia de derechos reales sobre inmuebles situados en un Estado contratante. En consecuencia, se impediría que la sentencia española sobre el inmueble situado en Japón circulase libremente dentro de la Unión Europea.

7. ALGUNOS PROBLEMAS PRÁCTICOS SELECCIONADOS

7.1. Multas coercitivas

41. Según señalábamos más arriba (*supra* párrs. 12-15), el Convenio permite el reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil. El concepto de sentencia del Convenio incluye aquellas que establecen obligaciones de hacer y no hacer. Es habitual que estas sentencias no pecuniarias vayan acompañadas de multas coercitivas —esta vez sí, pecuniarias—, que tienen la finalidad de incentivar su cumplimiento —o disuadir del incumplimiento—. Es decir, no tienen naturaleza compensatoria. Aunque durante las negociaciones del Convenio se discutió si estas quedaban dentro del ámbito de aplicación del Convenio y, por tanto, gozaban del régimen de reconocimiento y ejecución de este, la cuestión quedó finalmente abierta⁶⁰.

42. Uno de los obstáculos que los negociadores encontraron para alcanzar un acuerdo en esta materia fue la distinta regulación de estas multas

⁵⁸ En ausencia de convenio internacional, art. 36.2 LEC.

⁵⁹ Véase VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, Madrid, Civitas, 2007, pp. 258 y 611.

⁶⁰ Párr. 97 del Informe Garcimartín/Saumier. Véase también sobre esta cuestión GARCIMARTÍN, F. J., «The Judgments Convention: Some Open Questions», *NILR*, vol. 67, 2020, núm. 1, pp. 19-31.

coercitivas en Derecho comparado. Las divergencias pivotan, esencialmente, en torno a tres elementos: procedimiento en que se establecen, tipo de multa y beneficiario de esta. De forma muy sintética, las principales diferencias entre los Derechos nacionales son las siguientes⁶¹.

43. En atención al procedimiento, algunos Estados prevén que el tribunal que dicta la sentencia no pecuniaria también establezca la multa coercitiva (fijando esta ya o dejando la fijación a una resolución posterior), mientras que en otros la multa coercitiva se impone en un procedimiento posterior de ejecución, una vez que ya se ha incumplido la obligación. En cuanto al contenido de la resolución, esta puede establecer una suma a tanto alzado o bien una multa por día de incumplimiento de la obligación de hacer o no hacer. Por último, en atención al beneficiario, algunos Estados prevén que las multas han de abonarse al Estado mientras que otros prevén que se haga al ejecutante.

44. Un primer problema de encaje de estas resoluciones en el Convenio se refiere a su naturaleza civil y mercantil: dado que no desempeñan una función compensatoria, sino que se dictan por los tribunales para sancionar un incumplimiento o incentivar el cumplimiento de un sujeto, podría entenderse que revisten carácter de Derecho público. Este problema resulta especialmente evidente en aquellos ordenamientos en los que la multa se abona al Estado, en lugar de al ejecutante. En segundo lugar, incluso si tuviesen naturaleza civil y mercantil, cabe preguntarse si este tipo de resoluciones se enmarcan en la definición del término «sentencia» del Convenio. En particular, si puede considerarse que una resolución imponiendo el pago de una multa es una decisión «sobre el fondo», *i. e.* sobre puntos controvertidos entre las partes, como exige el art. 3.1.b) del Convenio⁶².

45. A la hora de interpretar ambas cuestiones, el RBI bis proporciona una referencia útil. Este, a diferencia del Convenio, sí prevé expresamente el reconocimiento de las resoluciones que condenen al pago de multas coercitivas, siempre que la cuantía haya sido definitivamente fijada por el tribunal del Estado de origen⁶³. El TJUE, en el asunto *Realchemie Nederland*⁶⁴, ha entendido que las condenas al pago de una multa tienen naturaleza civil y mercantil cuando tengan como fin garantizar derechos privados, *i. e.* hacer cumplir una resolución que sí tenga naturaleza civil y mercantil. Esta conclusión no se ve alterada por el hecho de que la multa deba abonarse al Estado, pues no se trata del ejercicio de prerrogativas de poder públicas, sino, como

⁶¹ Véase el Prel. Doc. núm. 3, de febrero de 2019, «Treatment of penalty o under the 2018 draft Convention» para la 22 Sesión Diplomática sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras («Documento Preliminar»), pp. 4-11.

⁶² Y no un acto de ejecución propiamente dicho, que queda al Estado requerido. Véase el Documento Preliminar, p. 12, que también señala que este es el motivo por el cual las resoluciones sobre costas están incluidas expresamente en la definición del término «sentencia».

⁶³ Art. 55 RBI bis. La LCJI, por su parte, no menciona expresamente las multas coercitivas pero, en cambio, establece una definición más amplia de sentencia que no hace referencia a la necesidad de resolver «sobre el fondo» [art. 43.a) LCJI].

⁶⁴ Sentencia del TJUE en el asunto *Realchemie Nederland BV*, C-406/09 (ECLI:EU:C:2011:668).

se ha dicho, de garantizar derechos privados⁶⁵. Esta interpretación puede ser extrapolable al ámbito del Convenio que define su ámbito de aplicación material en términos muy similares al RBI bis y, en principio, no existen razones que justifiquen una interpretación diferente⁶⁶.

46. No obstante, aunque la conclusión fuese que una resolución imponiendo una multa coercitiva es susceptible de ser reconocida y ejecutada conforme a las normas del Convenio porque se considera una sentencia en materia civil y mercantil, puede surgir un problema añadido: los tribunales del Estado requerido podrían denegar el reconocimiento sobre la base del art. 10 del Convenio. De acuerdo con este, se puede denegar el reconocimiento y la ejecución de sentencias que otorguen daños que vayan más allá de la compensación del daño sufrido. Ese es el caso, por supuesto, de los daños punitivos, pero también de las condenas a multas coercitivas que se impongan para incentivar el cumplimiento de obligaciones de hacer o no hacer⁶⁷.

7.2. Caducidad de la acción ejecutiva

47. Un segundo problema que puede surgir en la aplicación del Convenio se refiere al plazo de caducidad de la acción ejecutiva. El punto de partida es que el procedimiento para el reconocimiento, la declaración de ejecutoriedad o el registro para la ejecución, así como la ejecución de la resolución, se rige por la ley del Estado requerido, salvo que el Convenio disponga algo distinto⁶⁸. Por tanto, la regla general es que ley del Estado requerido también determina el plazo de caducidad de la acción ejecutiva⁶⁹. Naturalmente, esta misma regla se encuentra tanto en el RBI bis como en la LCJI⁷⁰. En España, el procedimiento de ejecución de resoluciones extranjeras, incluida la caducidad de la acción ejecutiva, se rige por las normas de la LEC, que prevén un plazo de cinco años⁷¹.

48. No obstante, la aplicación de la ley del Estado requerido está sujeta a los límites que el propio Convenio establece. Una limitación es la que se con-

⁶⁵ Párrs. 41-42 STJUE en el asunto *Realchemie Nederland*.

⁶⁶ También llegan a una conclusión similar los tribunales estadounidenses en el marco del reconocimiento de una resolución francesa condenando al pago de una multa coercitiva en *Fontbrune v. Wofsy* (838 F.3d 992 (9th Cir. 2016)). Véase el Documento Preliminar, p. 10.

⁶⁷ Documento Preliminar, p. 12.

⁶⁸ Art. 13 del Convenio. La ley del Estado requerido establece el procedimiento para la ejecución de las sentencias, que en Derecho comparado generalmente se articula en torno a un primer procedimiento de reconocimiento y de declaración de la fuerza ejecutiva (o de registro de ejecución) y un segundo procedimiento ejecutivo, aunque algunos Estados pueden combinar ambos (párr. 311 del Informe Garcimartín/Saumier).

⁶⁹ Así lo confirma el párr. 310 del Informe Garcimartín/Saumier. Nótese que el Convenio no exige que la referencia a la ley del Estado requerido se haga a sus normas internas, sino que esta puede definir la cuestión por referencia a las normas del Estado de origen, por ejemplo. Véase el párr. 312 del Informe Garcimartín/Saumier.

⁷⁰ Arts. 41.1 RBI bis y 50.2 LCJI.

⁷¹ Art. 518 LEC.

templa en el art. 4.3, de acuerdo con el cual no se pueden reconocer sentencias que en el Estado de origen no desplieguen efecto o no sean susceptibles de ejecución. Esta situación podría darse si el plazo de caducidad de la acción ejecutiva es más corto en el Estado origen que en el Estado de requerido, y este ya hubiera transcurrido. Dado que la sentencia ya no es susceptible de ejecución en el Estado de origen, tampoco se puede ejecutar en el Estado requerido, por más que el plazo de su normativa aún lo permita⁷². Una regla semejante puede encontrarse en la mayoría de los instrumentos que regulan el reconocimiento y ejecución de sentencias, incluidos el RBI bis y la LCJI⁷³.

49. Lo que no queda expresamente resuelto por el Convenio es qué sucede si la situación es la inversa, es decir, si el plazo de caducidad de la acción ejecutiva es más corto en el Estado requerido que en el Estado de origen y, por tanto, puede darse la circunstancia de que la acción haya caducado en el Estado requerido pero no en el de origen. Pues bien, dado que el Convenio no limita la aplicación de la ley del Estado requerido en esos casos, la sentencia ya no se podrá ejecutar en ese Estado, aunque sí podría serlo en otros Estados con plazos de caducidad más amplios, siempre con el máximo del plazo establecido en el Estado de origen. Una solución similar se desprende del RBI bis y de la LCJI⁷⁴.

50. En todo caso, la regla anterior tiene un límite último, que se deriva de la necesidad de interpretar el Convenio de acuerdo con su objetivo y fin⁷⁵: para garantizar su efectividad, *i. e.* que las sentencias circulen libremente, las resoluciones del Estado de origen se han de tratar en el Estado requerido de acuerdo con el principio de no discriminación, es decir, como si fueran resoluciones nacionales. Por tanto, un plazo de caducidad de la acción ejecutiva en el Estado requerido más corto para sentencias extranjeras que para las dictadas por los tribunales nacionales sería contrario a este principio y no se podría aplicar⁷⁶.

8. CONSIDERACIONES FINALES

51. La adopción del Convenio supone la culminación de un largo proceso de negociaciones para consensuar un instrumento internacional que,

⁷² Párr. 310 del Informe Garcimartín/Saumier.

⁷³ Arts. 39 RBI bis y 50.1 LCJI.

⁷⁴ Art. 41.1 RBI bis y sentencia del TJUE en el asunto *Società Immobiliare Al Bosco Srl*, C379/17 (ECLI:EU:C:2018:806), y art. 50.2 LCJI y STS de 16 de octubre de 2014 (ECLI: ES:TS:2014:4838). Una cuestión dudosa es el cómputo del *dies a quo*. En el caso del Reglamento 44/2001 (Bruselas I), el TJUE afirmó que el plazo se computaba desde la declaración de ejecutividad. Con su desaparición en el RBI bis, este cómputo parece que debería realizarse desde que la resolución del Estado miembro de origen es firme. En el caso de las normas españolas de fuente interna, el art. 50.2 LCJI remite al art. 518 LEC, que establece expresamente un plazo de cinco años desde la firmeza de la sentencia, aunque hay argumentos para defender que el *dies a quo* se computa desde el momento en que se obtiene el exequátur.

⁷⁵ Art. 3.1 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969, *BOE* núm. 142, de 13 de junio de 1980.

⁷⁶ Párr. 313 del Informe Garcimartín/Saumier.

aunque se queda corto respecto de sus aspiraciones iniciales, *i. e.* un texto doble, proporciona por fin un marco común de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia civil y mercantil. Precisamente, uno de los aspectos que se ha criticado del Convenio es esa falta de ambición, no solo porque no cubra la competencia judicial internacional —directa—, sino también por su reducido ámbito de aplicación material, por ejemplo, porque no fue posible alcanzar un acuerdo respecto de la inclusión de los derechos de propiedad intelectual e industrial, o porque las bases de competencia judicial internacional indirecta se quedan muy cortas en relación con lo que ya se establece en muchas normas nacionales, por ejemplo, en los Estados miembros de la Unión Europea. Sin embargo, haber obviado las cuestiones que más debate suscitaban entre los Estados puede resultar una buena estrategia que contribuya a vencer las reticencias de muchos de ellos a firmar el texto y, en último término, puede favorecer que se convierta en un Convenio «exitoso». Como hemos dicho, el Convenio representa el mínimo común denominador *universal* en esta materia; y como es habitual en estos casos, lo que para unos puede resultar poco o nada relevante, si se compara con su régimen nacional, para otros puede suponer un cambio relativamente importante.

52. Desde la perspectiva del Derecho español, es cierto que el Convenio propone soluciones en muchos casos similares a las ya existentes o mucho menos liberales. Por una parte, las bases de competencia judicial internacional indirecta del Convenio reflejan en gran medida conexiones que un tribunal español consideraría razonables. Por tanto, la resolución ya sería susceptible a día de hoy de reconocimiento y ejecución en España conforme a la LCJI. A la inversa, sí podrían plantearse algunos problemas de reconocimiento conforme al Convenio en otros Estados contratantes de sentencias dictadas en la Unión Europea. Por ejemplo, en determinadas circunstancias cuando un tribunal español se declare competente conforme al RBI bis o conforme a la LOPJ, según los casos, para conocer de una cuestión en materia contractual o extracontractual; por supuesto, esos Estados podrán seguir reconociendo sentencias españolas conforme a sus normas nacionales. Por otra parte, también los motivos de denegación del reconocimiento del Convenio, con algunas desviaciones, son bastante similares a los establecidos en Derecho español (RBI bis y LCJI).

53. La gran ventaja que puede ofrecer el Convenio desde el punto de vista español es en relación con las sentencias nacionales que satisfagan los filtros del art. 5 de aquel. Hoy en día hay aún Estados que lisa y llanamente no reconocen la sentencia dictada por un tribunal extranjero en ausencia de Convenio o que solo las reconocen sobre bases muy estrictas de competencia judicial indirecta (por ejemplo, el consentimiento del demandado). En relación con estos, el Convenio ofrece un mecanismo para garantizar el reconocimiento y la ejecución en ellos de las sentencias españolas. Todo dependerá de que la ratificación por parte de la Unión Europea (estamos ante una competencia de la Unión Europea) incentive la ratificación del Convenio por esos otros Estados.

RESUMEN

EL CONVENIO DE LA HAYA DE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS: ARQUITECTURA Y ALGUNOS PROBLEMAS SELECCIONADOS

El 2 de julio de 2019 se adoptó el Convenio de La Haya de Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil y Mercantil. El Convenio establece un régimen de reconocimiento y ejecución de mínimos que se apoya en dos elementos esenciales: un catálogo de bases de competencia judicial internacional indirecta y una serie de motivos de denegación del reconocimiento. Esta contribución presenta las piezas clave del Convenio, contraponiéndolas con las normas en la materia actualmente en vigor en España, *i. e.* el Reglamento Bruselas I bis y la Ley de Cooperación Jurídica Internacional. Además, se analizan dos problemas de aplicación práctica del Convenio: las resoluciones en las que se imponen multas coercitivas y el plazo de caducidad de la acción ejecutiva.

Palabras clave: Conferencia de La Haya, sentencias extranjeras, reconocimiento, ejecución, materia civil y mercantil, competencia judicial internacional indirecta, multa coercitiva, caducidad de la acción ejecutiva.

ABSTRACT

THE HAGUE CONVENTION ON THE RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN JUDGMENTS: ARCHITECTURE AND SOME SELECTED ISSUES

On 2 July 2019, the Hague Conference adopted the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters. It establishes a minimum standard for the recognition and enforcement which is built on two main elements: a catalogue of jurisdictional filters and a number of grounds to refuse recognition and enforcement. This contribution presents the Convention key elements, comparing them with the current rules on this matter in Spain, *i. e.* Brussels I bis Regulation and *Ley de Cooperación Jurídica Internacional*. In addition, we analyze two issues that may arise in the application of the Convention: penalty orders imposed upon the breach of non-pecuniary obligations and limitation period for enforcement of a judgment.

Keywords: Hague Conference, foreign judgments, recognition, enforcement, civil and commercial matters, indirect international jurisdiction, penalty order, limitation period for enforcement.

INTERCAMBIO DE PATÓGENOS, SALUD PÚBLICA Y PROTOCOLO DE NAGOYA: OPORTUNIDADES Y DESAFÍOS

Belén SÁNCHEZ RAMOS*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. ACCESO A PATÓGENOS NO GRIPALES.—3. INTERCAMBIO DE VIRUS GRIPALES.—4. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

1. A pesar de que el intercambio¹ de patógenos es esencial tanto para una vigilancia constante y sistemática de enfermedades infecciosas, como en situaciones de emergencia sanitaria o pandemia², este transcurre en un marco jurídico-internacional complejo. De hecho, aunque la Organización Mundial de la Salud (OMS)³ tiene asignada la función de «alcanzar para todos los pueblos el grado más alto posible de salud»⁴ y «autoridad para adop-

* Profesora Contratada Doctora (acreditada Titular) del área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Vigo (bsanchez@uvigo.es). Todas las páginas *web* de referencia han sido consultadas por última vez el 17 de noviembre de 2020.

¹ En este trabajo utilizaremos los términos «intercambio» y «acceso». El primero comprende situaciones en las que los Estados comparten patógenos al abrigo de diferentes «mecanismos», mientras que con el segundo nos referiremos al procedimiento establecido en la CDB y su PN.

² Como es sabido, el 11 de marzo, la OMS declaró como pandemia la infección por SARS-CoV-2 y la enfermedad denominada covid-19. Previamente, el 30 de enero de 2020, el Comité de Emergencias del Reglamento Sanitario Internacional de la OMS había declarado el brote de SARS-CoV-2 como emergencia de salud internacional. Unas semanas antes, concretamente el 12 de enero de 2020, China compartió los datos de secuenciación genética de dicho coronavirus con la OMS, poniéndolo a disposición de toda la comunidad científica y empresas farmacéuticas (información disponible en <https://www.who.int/csr/don/12-january-2020-novel-coronavirus-china/es/>) iniciándose así la «competición» tanto en el estudio de esta nueva enfermedad respiratoria, como en la consecución de una vacuna, kits de diagnóstico, etc. Para un análisis detallado del procedimiento de declaración de pandemia puede consultarse PONS RAFOLS, X., «La covid-19, la salud global y el derecho internacional: una primera aproximación de carácter institucional», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 39, junio 2020, pp. 1-29, esp. pp. 19-21.

³ Cuenta con 194 Estados miembros. La lista de miembros puede consultarse en <https://www.who.int/countries/es/>.

⁴ Art. 1, Constitución de la OMS

tar convenciones o acuerdos respecto de todo asunto» de su competencia⁵, el acceso a patógenos nos llevará a dos instrumentos «ajenos»⁶ a esta, como son el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB)⁷ y su Protocolo de Nagoya (PN) sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización⁸.

2. Tanto la CDB como el PN establecen el derecho soberano de los Estados sobre los recursos genéticos que se encuentran bajo su jurisdicción, así como la participación justa y equitativa en los beneficios derivados de su utilización. Consecuentemente, dado que, tal y como ha destacado Michelle Rourke, «*virus are unequivocally*» «*genetic resources*»⁹, el impacto de ambos instrumentos sobre la salud pública es indudable, en la medida en que diseñan un nuevo «*modelo*» en el que el uso de patógenos podría condicionarse a la previa obtención de la autorización de acceso del Estado proveedor, junto con la celebración de un contrato —condiciones mutuamente acordadas— para el reparto de los beneficios que se deriven de dicha utilización. Este nuevo «*modelo*» contrasta con la práctica habitual de intercambio de patógenos que venía desarrollándose hasta entonces, en un contexto básicamente informal¹⁰, debido, en gran medida, a que estos se consideraban «*as public domain or common pool resources*»¹¹.

⁵ *Ibid.*, art. 19.

⁶ Con el término «ajenos» nos referimos a que son dos Tratados internacionales medioambientales, cuyo objetivo fundamental no es, por tanto, la protección de la salud.

⁷ Adoptado el 5 de junio de 1992. Entró en vigor el 29 de diciembre de 1993. Se asienta en tres principios esenciales: 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. Cuenta con 196 Partes, entre las que se encuentra la Unión Europea. La lista de partes puede consultarse en <https://www.cbd.int/information/parties.shtml>.

⁸ Adoptado el 29 de octubre de 2010, se encuentra en vigor desde el 12 de octubre de 2014. Cuenta con 125 Partes, entre las que se encuentra la Unión Europea. La lista de Partes puede consultarse en [https://www.cbd.int/information/parties.shtml - tab=2](https://www.cbd.int/information/parties.shtml-tab=2). En cuanto a la Unión Europea, cabe destacar que si bien carece de competencias para regular el acceso a los recursos genéticos, dado que son sus Estados miembros los que ejercen sus derechos soberanos sobre estos, sin embargo, con el objetivo de asegurar una aplicación coherente de las medidas de cumplimiento del PN en la Unión Europea en aquellos casos en los que se haya regulado el acceso a los recursos genéticos y a los conocimientos tradicionales asociados a dichos recursos, ha adoptado diversas disposiciones: Reglamento (UE) núm. 511/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril, relativo a las medidas de cumplimiento de los usuarios del Protocolo de Nagoya sobre el acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización (DO L 150/59, de 20 de mayo de 2014); el Reglamento de ejecución (UE) 2015/1866, de la Comisión, de 13 de octubre, por el que se establecen normas detalladas para la aplicación del Reglamento (UE) núm. 511/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que respecta al registro de colecciones, la supervisión del cumplimiento por los usuarios y la aplicación de mejores prácticas (DO L 275/4, de 20 de octubre de 2015), así como el Documento de orientación sobre el alcance de la aplicación y las obligaciones fundamentales del Reglamento (UE) núm. 511/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril, relativo a las medidas de cumplimiento de los usuarios del Protocolo de Nagoya sobre el acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización (2016/C 313/01) (DO C 313, de 27 de agosto de 2016).

⁹ ROURKE, M. F., «Restricting Access to pathogen samples and epidemiological data: a not-so-brief history of “viral sovereignty” and the mark it left on the world», en ECCLESTON-TURNER, M. y BRASSINGTON, I. (eds), *Infectious Diseases in the New Millennium*, International Library of Ethics, Law and the New Medicine, 82, Suiza, Springer Nature, 2020, pp. 167-191, esp. p. 175.

¹⁰ Por ejemplo, el envío de muestras entre investigadores de distintos países en base a la confianza mutua y la reciprocidad.

(Véase nota 11 en página siguiente)

3. De hecho, a pesar de que la CDB entró en vigor en 1993, el intercambio de patógenos siguió realizándose, en gran medida, al «margen» de esta hasta el año 2007 cuando Indonesia, invocando sus derechos soberanos al amparo de la CDB¹², se negó a seguir compartiendo con la OMS el virus de la gripe aviar (H5N1) creando así «*a new doctrine [...] labeled viral sovereignty*»¹³. Dicha negativa tenía su origen en la patente de una vacuna desarrollada por una compañía australiana, obtenida a partir de una muestra gripal que Indonesia había facilitado a la OMS al abrigo de antigua Red Mundial de Vigilancia contra la Gripe. Indonesia argumentó que la OMS compartía con las empresas farmacéuticas los recursos que le facilitaban los países menos desarrollados —sin el consentimiento de estos— para el desarrollo de vacunas que beneficiaban a los países más desarrollados. De hecho, Indonesia puso de manifiesto que no solo no obtenía beneficios derivados de la utilización de virus que habían sido previamente aislados en su país, sino que además no podía permitirse la compra de dichas vacunas debido a su elevado precio, alertando así a la comunidad internacional «de la necesidad de que los países en desarrollo se beneficien del intercambio de muestras de virus y dispongan de acceso a vacunas de calidad a precios asequibles contra la gripe pandémica»¹⁴. En este contexto, la OMS se comprometió a mantener «los contactos y la colaboración con el Ministerio de Salud de Indonesia y con otros países para evaluar y desarrollar potenciales mecanismos, entre ellos los acuerdos de transferencia de materiales, que puedan fomentar la distribución y disponibilidad equitativas de las vacunas contra la gripe pandémica desarrolladas y producidas a partir de estos virus»¹⁵. Finalmente, esta crisis se cerraría con la adopción en 2011, en el marco de la OMS, de un instrumento no vinculante, el Marco de Preparación para una Gripe Pandémica (Marco PIP)¹⁶, aplicable al intercambio del virus H5N1 y otros virus gripales potencialmente pandémicos, que refrenda el derecho soberano de

¹¹ ROURKE, M., «The history of accessing and sharing human pathogens for public health research», en HALABI, S. y KATZ, R., *Viral sovereignty and technology transfer. The changing global system for sharing pathogens for public health research*, Cambridge University Press, 2020, pp. 31-44, esp. p. 31.

¹² Indonesia es parte en la CDB desde el 21 de noviembre de 1994. En todo caso Indonesia no fue el primer país que invocó sus derechos soberanos sobre virus aislados en su jurisdicción, si bien «*it was not yet labelled viral sovereignty*», ROURKE, M. F., *op. cit.*, nota 9, pp. 169-171.

¹³ «*“Viral sovereignty” refers to situations in which countries asserts that virus located and isolated from within their territories are their sovereign property*», HALABI, S. F., «Viral sovereignty, intellectual property, and the changing global system for sharing pathogens for infectious disease research», 28 *Annals of Health Law*, 101, 2019, pp. 101-126, esp. pp. 110 y 114-115; SMALLMAN, S., «Biopiracy and vaccines: Indonesia and the World Health Organization’s New Pandemic Influenza Plan», *Journal of International & Global Studies*, vol. 4, 2013, núm. 2, pp. 20-36, esp. p. 25.

¹⁴ Declaración conjunta de la Ministra de Salud de Indonesia, Siti Fadillah, y el Dr. David Heymann, subdirector general interino de la OMS para Enfermedades Transmisibles, relativa al intercambio de virus de la gripe con la Red de Centros Colaboradores de la OMS para la Gripe, 16 de febrero de 2007.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Adoptado en 2011 por la Asamblea Mundial de la Salud. *Preparación para una gripe pandémica: marco para el intercambio de virus gripales y el acceso a las vacunas y otros beneficios*. Resolución WHA 64.5, OMS, 2011. Debe destacarse que no estamos ante un Tratado Internacional, sino ante un instrumento no obligatorio de naturaleza intergubernamental.

los Estados sobre sus recursos biológicos¹⁷ y articula un sistema de acceso a vacunas y la compartición de otros beneficios¹⁸. Además, la OMS cuenta con otro «mecanismo», el Sistema Mundial de Vigilancia y Respuesta de la Gripe (SMVRG)¹⁹, donde junto con el virus H5N1 y otros virus gripales potencialmente pandémicos, se comparten virus de la gripe estacional, si bien con un procedimiento que difiere tanto del Marco PIP, como de la CDB y el PN.

4. Consecuentemente, el intercambio de patógenos transcurre, hoy en día, por un escenario complejo sobre el que sobrevuelan un gran número de interrogantes, tales como cuál es el instrumento jurídico o mecanismo aplicable para el intercambio de virus gripales o potencialmente pandémicos, si los Estados están o no obligados a compartir patógenos causantes de situaciones de emergencia sanitaria, o si el sistema de acceso y reparto de beneficios diseñado por la CDB y el PN permite un acceso rápido y expeditivo a patógenos, imprescindible no solo en situación de pandemia, sino también para la vigilancia sistemática de enfermedades infecciosas como la gripe estacional. La cuestión no es baladí, dado que la clarificación del marco jurídico es esencial tanto por su impacto sobre la salud pública global, como para evitar que los usuarios de patógenos —investigadores, empresas farmacéuticas...— incurran en situaciones de «biopiratería»²⁰. Para abordar estas cuestiones —que caminan de la mano de la imprescindible colaboración entre la OMS y la Secretaría de la CDB²¹— dividiremos nuestro trabajo en dos partes. En la primera, analizaremos el procedimiento de acceso y reparto de beneficios diseñado por la CDB y el PN y su repercusión en el acceso a virus no gripales. En la segunda, nos acercaremos al intercambio de virus gripales, tanto estacionales como potencialmente pandémicos. Para ello, estudiaremos los procedimientos de intercambio articulados por el SMVRG y el Marco PIP, así como los problemas específicos —todavía sin resolver— derivados de su compleja «convivencia» con la CDB y el PN.

2. ACCESO A PATÓGENOS NO GRIPALES

5. A pesar de que la OMS es, como ha destacado Xavier Pons Rafols, la autoridad rectora en la lucha contra las enfermedades infecciosas o transmisibles²², nada establece en cuanto al acceso o intercambio de patógenos —a excepción de los virus gripales que analizaremos en el siguiente apar-

¹⁷ Punto 1.10, Marco PIP.

¹⁸ Punto 2, Marco PIP.

¹⁹ Antes del 2011 se denominaba Red Mundial de Vigilancia contra la Gripe, si bien su denominación cambió en 2011, tras la adopción del Marco PIP. Es una red internacional de participación voluntaria coordinada por la OMS y conformada por laboratorios e instituciones de salud pública de 120 Estados miembros de la OMS.

²⁰ La biopiratería puede definirse como «*misappropriation of genetic resources (access without Prior Informed consent) and misuse (utilization in breach of the Mutually Agreed Terms between user and provider country)*», RABITZ, F., *The Global Governance of Genetic Resources*, Routledge, 2017, p. 88.

²¹ Actúa como Secretaría de la CDB y del PN. Véanse arts. 24 CDB y 28 del PN.

²² PONS RAFOLS, X., *op. cit.*, nota 2, p. 15.

tado—. Es más, aunque el Reglamento Sanitario Internacional establece la obligación de notificar «antes de que transcurran veinticuatro horas desde que se haya evaluado la información concerniente a la salud pública, todos los eventos que ocurran en su territorio y que puedan constituir una emergencia de salud pública de importancia internacional»²³ y de facilitar «toda la información concerniente a la salud pública»²⁴, dicha información no incluye la obligación de compartir ni muestras físicas ni datos de secuenciación genética de los patógenos que originan dichas emergencias²⁵. Aun así, la OMS ha destacado que la respuesta de salud pública a las enfermedades infecciosas se basa en una vigilancia continua, que depende, en gran medida, de un intercambio rápido y completo de los patógenos, además de un acceso justo y equitativo a productos diagnósticos, vacunas y tratamientos²⁶, lo que nos lleva a la CDB y su PN, dado que los patógenos, como hemos visto, recaen en su ámbito de aplicación. De hecho, el PN no solo destaca la importancia de los recursos genéticos para la salud pública²⁷, sino que, además, establece que las Partes «tienen en cuenta el Reglamento Sanitario Internacional de la OMS y la importancia de asegurar el acceso a patógenos humanos a los fines de la preparación y respuesta en relación con la salud pública»²⁸.

6. Por tanto, en principio, el acceso y utilización de patógenos se rige por la CDB y el PN. Ambos instrumentos establecen el derecho soberano de los Estados sobre los recursos genéticos²⁹ que se encuentran bajo su jurisdicción y la participación justa y equitativa en los beneficios derivados de su utilización³⁰. Conforme al art. 15 de la CBD, el acceso a dichos recursos genéticos y

²³ Art. 6 del Reglamento Sanitario Internacional. Sobre el papel de la OMS en las emergencias sanitarias puede consultarse, entre otros BRUKLE, F. M., «Global Health Security demands a strong international health regulations treaty and leadership from a highly resourced World Health Organization», *Disaster Med Public Health Prep*, vol. 9, 2015, núm. 5, pp. 568-580.

²⁴ El art. 6.2RSI se refiere expresamente a información relativa a las definiciones de los casos, resultados de laboratorio, origen y tipo del riesgo, número de casos y defunciones, condiciones que influyen en la propagación de la enfermedad y las medidas sanitarias aplicadas.

²⁵ ROURKE, M., ECCLESTON-TURNER, M., PHELAN, A. y GOSTIN, L., «Policy opportunities to enhance sharing for pandemic research», *Science*, vol. 368, 2020, núm. 6.492, pp. 716-718, esp. 716.

²⁶ *Aplicación del Reglamento Sanitario Internacional (2005). Repercusiones en la salud pública de la aplicación del Protocolo de Nagoya*. Informe de la Secretaría. Consejo Ejecutivo de la OMS, Doc. EB140/15, 23 de diciembre de 2016, párr. 14.

²⁷ Preámbulo PN, párr. 14.

²⁸ *Ibid.*, párr. 17.

²⁹ Por recursos genéticos se entiende todo material genético de valor real o potencial de origen vegetal, animal, microbiano o de otro tipo que contenga unidades funcionales de la herencia (art. 2CBD). El PN parte de dicha definición, si bien amplía su ámbito de aplicación material a los «derivados» [art. 2.e) PN]. Durante la negociación del Protocolo los países desarrollados y los países en vías de desarrollo mantuvieron posturas enfrentadas en relación a la inclusión o no de los recursos genéticos con propiedades patógenas en su ámbito de aplicación, si bien finalmente «*decided against a specific inclusion or exclusion of pathogens in the Protocol, in favor of the general provisions under articles 3-4 and the special considerations under article 8.b)*». Véase MORGERA, E., TSIUMANI, E. y BUCK, M., *Unraveling the Nagoya Protocol: A commentary on the Nagoya Protocol on access and benefit-sharing to the Convention on Biological Diversity*, Brill, 2014, p. 104.

³⁰ Por utilización de recursos genéticos se entiende la realización de actividades de investigación y desarrollo sobre la composición genética y/o composición bioquímica de los recursos genéticos, incluyendo la biotecnología, es decir, toda aplicación tecnológica que utilice sistemas biológicos y organis-

su utilización podría³¹ estar condicionado a la obtención del consentimiento fundamentado previo y a las condiciones mutuamente acordadas³², configurando así el sistema de acceso y reparto de beneficios derivados de la utilización de dichos recursos bien con fines comerciales o no comerciales que las Partes deben desarrollar en su legislación nacional³³.

7. Por su parte, el PN, que desarrolla las disposiciones de la CDB relativas al acceso y participación en los beneficios derivados de la utilización de recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados a estos³⁴, parte —al igual que la CDB— de la facultad de las Partes para regular el acceso a sus recursos genéticos y, por tanto, a los patógenos, puesto que tal y como ha destacado Michelle Rourke «*the original intent of the access and benefit-sharing mechanism in the CBD and expanded upon in the Nagoya Protocol was laudable, and the inclusion of pathogens within this legal scheme is now undeniable*»³⁵. Conforme al PN, el acceso a patógenos puede estar condicionado a dos requisitos: *a*) la obtención del consentimiento informado previo del Estado proveedor del recurso³⁶, el cual podrá desarrollar procedimientos simplificados cuando el acceso tenga un fin no comercial —p. ej., con fines de investigación—, así como tener en cuenta «la necesidad de un acceso expeditivo en los casos de emergencias presentes o inminentes que creen amenazas o daños para la salud humana, animal o vegetal»³⁷. En todo caso los Estados, en tanto que «propietarios» de los patógenos aislados bajo su jurisdicción, no están obligados a conceder acceso a los usuarios, ni siquiera en situaciones de emergencia sanitaria, y *b*) las condiciones mutuamente acordadas para el reparto de beneficios³⁸ —que podrán ser monetarios o no monetarios—³⁹, materializadas en un contrato de derecho privado que deberá concluirse en-

mos vivos o sus derivados para la creación o modificación de productos o procesos para usos específicos. Arts. 2.c) PN y 2 CDB. La interpretación del término es compleja, aunque fundamental dado que «activa» los procedimientos de acceso y reparto de beneficios.

³¹ La CDB establece expresamente que los Estados tienen la «facultad de regular el acceso» (art. 1).

³² Arts. 15.4 y 15.5 CDB.

³³ Estamos ante un convenio marco. Se establecen los principios fundamentales si bien los Estados parte asumen la responsabilidad de implementar estas disposiciones. En sentido, la CDB no especifica cómo debe materializarse en la práctica el procedimiento de acceso. Tampoco establece qué debemos entender por participación en los beneficios ni qué se entiende por beneficios. Aun así, son básicamente tres las disposiciones que «orientan» a las Partes en relación a los beneficios que podrían compartirse: participación en la realización de investigaciones científicas (art. 15.6); acceso y la transferencia de tecnología (art. 16.3); participación en las actividades de investigación sobre biotecnología (art. 19.1) y el acceso prioritario a los resultados y beneficios derivados de las biotecnologías basadas en recursos genéticos (art. 19.2). De hecho, en 2002 se adoptaron las Directrices de Bonn sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios derivados de su utilización, con la finalidad de ayudar a las Partes, los gobiernos y otros interesados a desarrollar estrategias de acceso general y participación en los beneficios, y a identificar los pasos implicados en el proceso de obtención de acceso a los recursos genéticos y la participación en los beneficios.

³⁴ Art. 7 PN.

³⁵ ROURKE, M., «The history of accessing...», *op. cit.*, nota 11, p. 40.

³⁶ Art. 6 PN.

³⁷ Art 8.a) y b) PN.

³⁸ Art. 5 y 6.g) PN.

³⁹ De hecho, el PN, con la finalidad de «orientar» a las Partes en la negociación, ha identificado como beneficios algunos que pueden tener un gran interés en el ámbito de la salud, como, por ejemplo,

tre el proveedor y usuario del patógeno. Además, el PN establece una excepción a la aplicación de estas disposiciones derivada de la existencia de un instrumento especializado de acceso y participación en los beneficios que no sea contrario a los objetivos de la CDB y el PN⁴⁰.

8. En todo caso, no debemos olvidar que en último término son los Estados Parte, los que, con un alto margen de discrecionalidad, deben adoptar medidas de implementación o desarrollo del PN, lo que introduce todavía más complejidad en el sistema. Pensemos que cuando un usuario quiera acceder a un patógeno tendrá que verificar si el Estado es Parte en la CDB o el PN, si tiene legislación de acceso, si contempla procedimientos expeditivos de acceso para usos no comerciales o para situaciones de emergencia sanitaria, o si, por ejemplo, establece excepciones de aplicación para algún tipo de recurso genético⁴¹. Consecuentemente, cualquier usuario (investigadores, instituciones académicas, empresas de biotecnología, farmacéuticas, o entre otros, fabricantes de kits de diagnóstico) que quiera acceder y utilizar —en los términos del PN— un patógeno tendrá que, si así se establece en la legislación interna del Estado proveedor del recurso, obtener el consentimiento informado previo y negociar las condiciones mutuamente acordadas en las que se estipularán los beneficios que obtendrá el Estado bajo cuya jurisdicción se encuentra el patógeno. Dichos beneficios, que podrán ser monetarios o no monetarios⁴², pueden comprender, en el ámbito de la salud, el acceso a vacunas, kits de diagnóstico, intercambio de resultados de investigación o desarrollo de capacidades.

9. Tal y como ha reconocido la OMS, el sistema de acceso y reparto de beneficios establecido en el PN «puede ofrecer un marco más estructurado para el intercambio de patógenos»⁴³ en tanto que «alberga el potencial de aumentar la equidad, promover la confianza y mejorar tanto el acceso a patógenos como a los beneficios derivados de ellos»⁴⁴, también presenta importantes desafíos derivados, básicamente, de su implementación por las Partes, así como de las lagunas o cuestiones no resueltas por el PN. De hecho, la OMS viene explorando desde 2016 las implicaciones que tiene para la salud pública la aplicación del PN⁴⁵. En la respuesta está trabajando conjuntamente con la Secretaría del CDB⁴⁶. En este sentido, cabe destacar que el 23 de julio de 2015

el intercambio de resultados de investigación y desarrollo o la participación en el desarrollo de productos. Véase Anexo PN.

⁴⁰ Art. 4PN. En este sentido, el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura de 3 de noviembre de 2001 es un instrumento especializado.

⁴¹ ROURKE, M. F., «Restricting access...», *op. cit.*, nota 9, p. 175.

⁴² Art. 5 y Anexo, PN.

⁴³ *Aplicación del Protocolo de Nagoya y el intercambio de patógenos: Repercusiones para la salud pública*. Estudio de la Secretaría, OMS, 2016, p. 20, disponible en https://www.who.int/docs/default-source/documents/nagoya-protocol/nagoya-full-study-english.pdf?sfvrsn=ec2ab49d_12.

⁴⁴ *Implicaciones para la salud pública de la aplicación del PN*. Informe del Director General. Asamblea Mundial de la Salud, doc. A72/32, 18 de abril de 2019, párr. 6.

⁴⁵ *Aplicación del Protocolo de Nagoya...*, *op. cit.*, nota 43.

⁴⁶ Véase Doc. CBD/NP/MOP/3/9, de 9 septiembre de 2018, Cooperación con otras Organizaciones Internacionales, Convenios e iniciativas, Nota de la Secretaría, párrs. 20-27.

firmaron un memorándum de entendimiento⁴⁷ para fortalecer la colaboración y aprovechar sus respectivos conocimientos técnicos y científicos sobre los vínculos entre la salud y la diversidad biológica, estableciendo un grupo de enlace para el intercambio de información y coordinación de actividades. Posteriormente, en 2017, además de concretar sus respectivos ámbitos de trabajo y colaboración, identificaron las conexiones más importantes entre el PN y la labor de la OMS en materia de acceso y reparto de beneficios en relación con los patógenos: la aplicación del PN en el contexto de las emergencias sanitarias, teniendo en cuenta especialmente lo estipulado en el art. 8.b) del Protocolo; la referencia a los instrumentos internacionales especializados del art. 4.4 del PN; el acceso a la información digital sobre secuencias genéticas; la participación en los beneficios en virtud del CDB y el PN y el Marco PIP y las conexiones con otras disposiciones del PN, tales como los arts. 19 y 20, en particular en lo tocante al intercambio de patógenos⁴⁸. En nuestra opinión, las cuestiones relativas a los instrumentos especializados y el acceso a los datos de secuenciación genética responden a lagunas y cuestiones sin resolver por el PN⁴⁹, mientras que el resto de «conexiones» conforman los tres principales desafíos que presenta la aplicación del PN en relación a la salud pública derivados del amplio margen de discrecionalidad de las Partes a la hora de adoptar la legislación interna de desarrollo, como son:

i) Superar las incertidumbres relativas al alcance y aplicación del PN al intercambio de patógenos con repercusiones para la salud pública. De hecho, solo cuatro de las 124 Partes del PN, hacen una referencia a estos en su legislación interna⁵⁰, lo que genera gran inseguridad jurídica entre los usua-

⁴⁷ Accesible en <https://www.cbd.int/doc/agreements/agmt-who-2015-07-23-mou-en.pdf>.

⁴⁸ *Implicaciones para la salud pública de la aplicación del Protocolo de Nagoya*. Informe interino del Director General. Consejo Ejecutivo OMS, 146.^a reunión. Doc. EB146/19 de 16 de diciembre de 2019, pp. 2-3; *Examen del Marco de Preparación para una gripe pandémica. Colaboración con la Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica y otras organizaciones internacionales pertinentes*, 70 Asamblea Mundial de la Salud. Doc. A70/57 de 4 de mayo de 2017. *Meeting Report Consultation between WHO Secretariat and the Secretariat of the CBD*, 20-21 de marzo de 2017, Montreal, Canadá, disponible en https://www.who.int/docs/default-source/documents/nagoya-protocol/cbd-who-report.pdf?sfvrsn=aa233c61_2.

⁴⁹ Estas cuestiones serán objeto de análisis en el siguiente apartado.

⁵⁰ La OMS ha clasificado los instrumentos de implementación en torno a 3 grupos: 1) los que hacen referencia expresa a los patógenos; 2) los que contienen una referencia implícita, entendiéndose por tales aquellos en los que los patógenos ni se incluyen ni se excluyen expresamente en las definiciones de recursos genéticos ni en la descripción del alcance los instrumentos, pero a pesar de ello puede entenderse que hacen referencia a los patógenos porque utilizan términos como «microbio» u «organismo», incluida la definición recogida en el CDB, y 3) instrumentos que excluyen expresamente los patógenos. Aun así, la OMS reconoce que a pesar del criterio utilizado para clasificar un instrumento en el que se hace referencia implícita a los patógenos algunos Estados miembros de la OMS pueden excluir los patógenos del ámbito de aplicación bien porque considere que el término «microbio» abarca únicamente los microorganismos que no suponen una amenaza para la salud humana o bien porque entienda que los virus no entran en la definición de microorganismo, por lo que «para evaluar más fácilmente el alcance de la aplicación es preciso aclarar el modo en que los Estados miembros interpretan estas definiciones en la práctica». *Marco de Preparación para una gripe pandémica: intercambio de virus gripales y acceso a las vacunas y otros beneficios. Decisión WHA 72 (12) (2019), párr. 1.b)*. Informe resumido sobre la legislación nacional y medidas normativas concernientes a la gripe. Proyecto de Informe del Director General, OMS, marzo de 2020, pp. 12-13. Cabe apuntar, a título de ejemplo, que la Unión Europea hace referencia expresa a los patógenos estableciendo que aquellos que suponen una «amenaza para la sa-

rios de estos recursos que si bien cuentan con diversos mecanismos —como los puntos focales nacionales⁵¹ o el Centro de intercambio de información sobre acceso a los recursos genéticos y reparto justo y equitativo de los beneficios⁵²— para obtener información sobre el sistema de acceso del país potencial proveedor del patógeno, sin embargo, muchas veces en ese camino se genera un retraso importante en el acceso que puede incidir negativamente en el control de las enfermedades⁵³.

ii) Facilitar, con carácter general, un rápido acceso a los patógenos con repercusiones para la salud⁵⁴, dado que su intercambio es fundamental no solo durante las emergencias de salud pública o pandemias, sino también para la vigilancia sistemática de las enfermedades infecciosas. El PN articula diversos mecanismos que podrían «dulcificar» el enfoque bilateral de acceso y reparto de beneficios tales como la adopción de códigos de conducta, directrices, prácticas o estándares (art. 20), así como cláusulas contractuales modelo (art. 19) que contribuirían a minimizar el tiempo de negociación de las condiciones mutuamente acordadas⁵⁵.

iii) El acceso a patógenos en situaciones de emergencia sanitaria⁵⁶. Como hemos visto, el PN⁵⁷ deja en manos de las Partes la adopción de medidas de acceso expeditivo⁵⁸ «a los recursos genéticos y de una participación justa y equitativa y expeditiva en los beneficios que se deriven del uso de dichos recursos genéticos, incluido el acceso a tratamientos asequibles para los necesitados, especialmente los países en vías de desarrollo en caso de emergencias, presentes o inminentes que creen amenazas o daños para la salud humana,

lud humana, animal o vegetal entran, por lo general, dentro del ámbito de aplicación del Reglamento, puesto que están cubiertos por el PN», *Documento de orientación...*, *op. cit.*, nota 8, párr. 5.1.

⁵¹ Art. 13 PN. En España el punto focal es el subdirector general de la Biodiversidad Terrestre y Marina dependiente del Ministerio para la Transición y el Reto Demográfico. La lista de puntos focales (194) puede consultarse en <https://absch.cbd.int/search/nationalRecords>.

⁵² Tal y como establece el art. 14.1 PN, es un medio para compartir información sobre acceso y reparto de beneficios. Véase <https://absch.cbd.int/>.

⁵³ Pensemos que, si, por ejemplo, una empresa farmacéutica quiere acceder a patógenos que se encuentran bajo la jurisdicción de diferentes Estados, tendrá que verificar la legislación de acceso, y en su caso, obtener el consentimiento informado previo y negociar las condiciones para el reparto de beneficios con cada uno de ellos y si no lo hace, estará accediendo y apropiándose ilegalmente de ese recurso, incurriendo en lo que se ha acuñado como «biopiratería». Un análisis de las dificultades más habituales de los usuarios de patógenos se encuentra en *Facilitating access and benefit-sharing (ABS) for pathogens to support public health*, Génova, Workshop Report, OMS, 2018.

⁵⁴ Doc. A/72/32, *op. cit.*, nota 44, párr. 10.

⁵⁵ Ambos instrumentos se han adoptado ya en relación con otros recursos genéticos. Información disponible en <https://absch.cbd.int/search/referenceRecords?schema=modelContractualClause>.

⁵⁶ Pensemos que a la actual crisis sanitaria generada por la covid-19 le han precedido otras como el coronavirus causante del síndrome respiratorio de Oriente Medio, el virus del Zika o el Ébola, entre otros.

⁵⁷ Art. 8.b) PN. Para un análisis detallado de esta disposición véase WILKE, M., «A healthy look at the Nagoya Protocol-Implications for Global health Governance», en MORGERA, E., BUCK, M. y TSIOUNAMI, E., *The 2010 Nagoya Protocol on access and benefit-sharing in perspective. Implications for International Law and implementation challenges*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff, 2013, pp. 123-148.

⁵⁸ En este sentido, Elisa Morgera considera que «*expeditious*» may not be understood as «*immediate*», but rather, on the basis of its ordinary meaning, as a *fast-track procedure*», MORGERA, E., TSIOUNAMI, E. y BUCK, M., *op. cit.*, nota 29, p. 187.

animal o vegetal según se determine nacional o internacionalmente». Cabe destacar que, a pesar de la relevancia de esta disposición y de las nefastas consecuencias que puede generar un acceso tardío⁵⁹, hasta el momento, solo un número reducido de Estados han implementado esta disposición⁶⁰. En este sentido, consideramos que tanto la OMS como la Conferencia de Partes del PN deben afrontar el reto derivado de esta ausencia de obligación de compartir muestras físicas o datos de secuenciación genética en caso de pandemia, en atención a sus consecuencias sobre la salud pública global. En la actual pandemia, tanto China⁶¹ inicialmente, como posteriormente centros de investigación y laboratorios, han compartido dichos datos a través de diversas plataformas⁶². Si no lo hubiesen hecho, el acceso al SARS-CoV-2 se regiría por la CDB y PN y aunque los Estados Parte hubiesen adoptado normas de acceso expeditivo, inevitablemente se produciría un retraso en el acceso poco compatible con las situaciones de emergencia. Sería necesario, por tanto, dar un paso más, articulando bien al amparo de la OMS o del PN, y en aras a la salud pública, un mecanismo que establezca la obligación de conceder acceso en situación de pandemia, articulando, a su vez, un sistema de reparto de beneficios⁶³. Sobre todo, si tenemos en cuenta que hace unas semanas, la

⁵⁹ En este sentido, MARINISSEN, M. J., CHANDRASEKERA, R. *et al.*, «Sharing of biological samples during public health emergencies. Challenges and opportunities for national and international action», en HALABI, S. y KATZ, R., *op. cit.*, nota 11, pp. 155-174, esp. p. 164.

⁶⁰ Art. 8.b) *in fine*. De hecho, solo algunos Estados parte del PN han adoptado alguna medida en este sentido. Véase *Information provided by Parties to the Nagoya Protocol on the National Implementation of article 8.b) and other relevant provisions of the Protocol*, Doc. CBD/NP/MOP/3/INF/4, 24 de septiembre de 2018; *Decisión WHA 72 (12) (2019)*,... *op. cit.*, nota 50. Debe destacarse que España se encuentra entre los Estados que han adoptado medidas de acceso expeditivo al establecer que la declaración de situaciones de alerta o emergencia, en particular sanitaria, podrá conllevar una autorización excepcional, provisional e inmediata de acceso al recurso que, en todo caso, quedará condicionada a la negociación posterior de las condiciones mutuamente acordadas y la obtención en el plazo de seis meses de la autorización definitiva de acceso. En caso de no obtener la autorización definitiva, el solicitante se compromete a restituir los beneficios netos obtenidos durante el periodo de autorización provisional; art. 8 del Real Decreto 124/2017, de 24 de febrero, relativo al acceso a los recursos genéticos procedentes de taxones silvestres y al control de la utilización (BOE de 14 de marzo de 2017). Véase también el art. 4.8 del Reglamento (UE) núm. 511/2014 que confiere un estatuto especial a estos recursos, al ampliar el plazo para el cumplimiento de la obligación de diligencia debida. Para un estudio detallado de este Reglamento véase MOVILLA PATEIRO, L., «Advances and uncertainties in compliance measures for users from the Nagoya Protocol in the European Union», *RECIEL*, vol. 29, Issue 2, 2020, pp. 282-290.

⁶¹ China es parte tanto del CDB como del PN. En su Informe Nacional Provisional sobre la aplicación del PN, presentado en noviembre de 2017, establecía, en relación con el art. 8.b), que «as a member of the WHO, China actively implements the International Health Regulations 2005 and WHO Pandemic Influenza Preparedness Framework for the sharing of influenza viruses and access to vaccines and other benefits. China has been making great efforts in the rapid and timely identification, assessment, reporting, communication and handling of public health accidents. China's preparedness and response capacities have reached the standards specified in the International Health Regulations 2005. China is developing a specialized regulation on access to genetic resources and benefit-sharing from their utilization, and attention has been given to special needs from public health, prevention and control of animal and plant pandemics and procedures and measures will be simplified for access to genetic resources and benefit-sharing for emergency responses», informe disponible en <https://absch.cbd.int/pdf/documents/absNationalReport/ABSCH-NR-CN-238748/1>.

⁶² Véase nota 2. ROURKE, M., ECCLESTON-TURNER, M., PHELAN, A. y GOSTIN, L., *op. cit.*, nota 25.

⁶³ De hecho, una de las cuestiones que están sobre la mesa en estos momentos es el acceso y reparto de vacunas para la covid-19, destacando el Director General de la OMS que «*vaccine nationalism only*

Plataforma Intergubernamental Científico-Normativa sobre Diversidad Biológica y Servicios de los Ecosistemas⁶⁴, destacaba que en el futuro las pandemias «surgirán con más frecuencia, se propagarán más rápidamente, tendrán mayor impacto en la economía mundial y podrían matar a más personas que la covid-19». Como ha destacado Michelle Rourke, «*the ABS transactional mechanism that reinforces state sovereignty over these resources and calls for prior informed consent and mutually agreed terms is not conducive to dealing with a public health emergency of international concern*»⁶⁵.

3. INTERCAMBIO DE VIRUS GRIPALES

10. Otra cuestión objeto de interés es la relación del CDB y el PN con dos instrumentos de la OMS relativos al acceso de patógenos gripales como son el SMVRG —coordinado por el Programa Mundial de la Gripe de la OMS— y el Marco PIP. Ambos instrumentos establecen dos regímenes que se refuerzan y respaldan mutuamente⁶⁶, dado que en el SMVRG se produce el intercambio de virus tanto de la gripe estacional⁶⁷, es decir, aquellos que circulan entre los seres humanos y provocan epidemias estacionales, como de los virus gripales potencialmente pandémicos (VGPP) que son aquellos que circulan entre los animales, sin capacidad para su transmisión sostenida entre seres humanos, si bien pueden provocar pandemias o grandes brotes fuera de la temporada habitual de la gripe y que pueden tener su origen en la mutación de virus estacionales⁶⁸. La peculiaridad de todo el sistema reside en que ambas tipologías

helps the virus» y animando así a los Estados a unirse a la COVAX Global Vaccines Facility. Véase WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 (24 de agosto de 2020), disponible en <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19--24-august-2020>.

⁶⁴ «Escapando de la era de las pandemias». Informe disponible en <https://ipbes.net/pandemics>.

⁶⁵ ROURKE, M., ECCLESTON-TURNER, M., PHELAN, A. y GOSTIN, L., *op. cit.*, nota 25, p. 718.

⁶⁶ De hecho, el Marco PIP define el mandato de los laboratorios del SMVRG en lo relativo a su labor con los virus gripales potencialmente pandémicos.

⁶⁷ Los virus de la gripe estacional circulan y hacen que los humanos enfermen todos los años. En los climas templados, la enfermedad suele producirse de manera estacional en los meses de invierno y se propaga de persona a persona. Es posible experimentar varias infecciones a lo largo de la vida. Los virus estacionales pueden ser más o menos graves y afectar especialmente a determinados colectivos, como niños pequeños, personas de edad y embarazadas. *Marco de Preparación para una Gripe Pandémica. Preguntas y respuestas*, Secretaría del Marco PIP. Grupo orgánico de Brotes Epidémicos y Emergencias Sanitarias, OMS, 2016, disponible en https://www.who.int/influenza/pip/PIP_QA_Flyer_SP.pdf?ua=1.

⁶⁸ La gripe pandémica es un fenómeno raro e imprevisible. Ocurre cuando aparece un nuevo virus de la gripe contra el que nadie está inmunizado. Si no se le contiene, un virus gripal pandémico puede propagarse rápidamente por todo el mundo. Algunas pandemias pueden provocar un gran número de infecciones graves, mientras que otras se traducen en un gran número de infecciones más leves. *Marco de Preparación...*, *op. cit.*, nota 67. En este sentido, la OMS ha destacado que los virus de la gripe son los únicos patógenos conocidos que se sabe que causarán una pandemia. Que la pandemia se producirá es una certeza, pero una certeza llena de incertidumbres: no se sabe cuándo ocurrirá, dónde se originará, qué cepa vírica la causará ni cuán grave será (puede que sea tan moderada como la causada por el virus A (H1N1) de 2009, tan catastrófica como la pandemia de 1918 o que esté en un punto intermedio entre ambas). Consecuentemente, para obtener los mejores resultados posibles para la salud pública, las ac-

de virus que se intercambian en el SMVRG —aunque bajo regímenes diferentes— comparten una característica esencial: la necesidad de acceso rápido y constante a muestras virales. Además, y con carácter excepcional, aunque el SARS-CoV-2 no es un virus gripal, el SMVRG está realizando labores de vigilancia de la covid-19, aprovechando así la potencialidad de este sistema⁶⁹.

11. El SMVRG está configurado como una red internacional de participación voluntaria coordinada por la OMS, de la que forman parte 160 laboratorios e instituciones de salud públicas distribuidos en 120 países que llevan a cabo una vigilancia constante de los virus gripales estacionales, pandémicos y zoonóticos. En esta «vigilancia» participan cuatro tipos de laboratorios e instituciones de salud pública: i) Centros Nacionales de Gripe que son instituciones nacionales autorizadas y designadas por la OMS, a propuesta de los Ministerios de Sanidad de los Estados miembros⁷⁰. Actúan como laboratorios de referencia del país y disfrutan de un papel esencial tanto en el seguimiento de la gripe estacional, efectuando diagnósticos y análisis de laboratorio, como de los VGPP⁷¹, dado que son los responsables de alertar a la OMS de brotes de nuevos virus⁷². Debe destacarse, además, que los Centros Nacionales de Gripe asumen la obligación de intercambiar los virus gripales dentro del sistema; ii) Centros Colaboradores de la OMS, designados por esta como centros internacionales de excelencia en el marco de la gripe⁷³, asumen diversas funciones tales como seguir la evolución de los virus gripales para

tuales limitaciones de conocimientos y tecnologías requieren una red eficiente, con una coordinación mundial, para detectar cepas del virus tan pronto como sea posible. Información disponible en https://www.who.int/influenza/gisrs_laboratory/updates/GISRS_one_pager_2018_SP.pdf?ua=1.

⁶⁹ Aspectos prácticos del uso del SMVRG para la vigilancia de la covid-19, Orientaciones provisionales, OMS, 26 de marzo de 2020.

⁷⁰ De hecho, es responsabilidad de cada Estado miembro de la OMS iniciar el proceso oficial para que un laboratorio sea reconocido y designado como un Centro Nacional de Gripe. El procedimiento se inicia con una solicitud del Ministerio de Sanidad de un Estado miembro de la OMS, seguida de una evaluación conjunta por parte de la OMS y el laboratorio propuesto para asegurarse de que este cumple con las normas y criterios requeridos. El proceso concluye con el compromiso del Ministerio de cumplir con el mandato y el envío por la OMS de una carta de designación o reconocimiento oficial. Actualmente la Red cuenta con 147 Centros Nacionales de Gripe, tres de ellos en España: Influenza and Respiratory Unit, del Centro Nacional de Microbiología, ISCIII; Dpto. de Microbiología de la Facultad de Medicina de la Universidad de Valladolid y el Departamento de Anatomía Patológica, Farmacología y Microbiología de la Facultad de Medicina de la Universidad de Barcelona. Véase *Decisión WHA72(12) OPI(a) Report on Influenza Virus Sharing*, OMS, febrero de 2020; *How to become and remain as a WHO recognized national influenza center of Global Influenza Surveillance and Response System (GISRS)*, OMS, 2019.

⁷¹ Los centros nacionales de gripe reciben muestras clínicas de pacientes con síndromes gripales o infecciones respiratorias agudas graves, realizan una identificación inicial de la presencia de virus de la gripe y, posteriormente, intentan aislarlos, *Términos de referencia de los Centros Nacionales de Gripe del Sistema Global de Vigilancia y Respuesta de la Gripe*, OMS, 31 de octubre de 2017, pp. 1-4, disponible en https://www.who.int/influenza/gisrs_laboratory/national_influenza_centres/ToR_NIC_ES.pdf?ua=1.

⁷² Los centros nacionales de gripe pueden manejar virus de gripe pertenecientes a cualquiera de las siguientes categorías: Categoría 1: virus gripe humana estacional; Categoría 2: virus gripe con potencial pandémico y, por consiguiente, clasificado como «materiales biológicos PIP»; Categoría 3: virus de la gripe procedentes de muestras animales o ambientales no clasificados como «virus gripe humana estacional» ni «materiales biológicos PIP», *Términos de referencia...*, op. cit., nota 71.

⁷³ La OMS cuenta con seis Centros Colaboradores. El listado de estos Centros puede consultarse en https://www.who.int/influenza/gisrs_laboratory/collaborating_centres/list/en/.

obtener información que permita evaluar el riesgo de epidemia asociado a las cepas en evolución⁷⁴, hacer recomendaciones sobre la composición de las vacunas antigripales y mantener y reforzar la vigilancia mundial y la capacidad de respuesta ante emergencias, en particular a pandemias⁷⁵; iii) Laboratorios Reguladores Esenciales de la OMS, son designados por esta⁷⁶ y están asociados formalmente con los organismos nacionales de reglamentación. Disfrutan de un papel fundamental, a través del intercambio de información y de virus gripales con los Centros Colaboradores, así como en el desarrollo, reglamentación y normalización de los reactivos de referencia para determinar la eficacia de las vacunas, entre otras funciones⁷⁷, y iv) Laboratorios de Referencia de la OMS para el H5, designados por la OMS⁷⁸ desde 2004 para prestar apoyo al SMVRG como respuesta a la propagación de la gripe aviar⁷⁹. Su función fundamental consiste en intercambiar rápidamente virus gripales o muestras clínicas de infecciones humanas causadas por un VGPP con uno de los Centros Colaboradores⁸⁰.

12. En el SMVRG circulan, por tanto, muestras de virus de la gripe estacional y de VGPP. En cuanto a la gripe estacional, cabe destacar que el SMVRG es el principal mecanismo mundial para su vigilancia y control⁸¹. Dado que la gripe representa una amenaza para la salud pública, puesto que se estima que cada año se registran en el mundo 1.000 millones de casos, de los cuales entre 3 y 5 millones son graves y entre 290.000 y 650.000 perso-

⁷⁴ De hecho, la colaboración entre los Centros Nacionales de Gripe y los Centros Colaboradores de la OMS es imprescindible para el seguimiento de la gripe estacional. *Términos de referencia...*, op. cit., nota 71, pp. 2-3.

⁷⁵ Véase *Orientaciones Operacionales para el envío de virus de la gripe estacional a los centros colaboradores de la OMS integrados en el Sistema Mundial de Vigilancia y Respuesta del Gripe*, OMS, 2019, disponible en https://www.who.int/influenza/gisrs_laboratory/NIC_virus_sharing_guidance_sp.pdf?ua=1.

⁷⁶ En relación al procedimiento de nombramiento, véase *Terms of reference for seasonal influenza for essential regulatory laboratories of WHO Global Influenza Surveillance and Response System*, OMS, disponible en https://www.who.int/influenza/gisrs_laboratory/ERL_TOR_seasonal_influenza.pdf?ua=1. El SMVRG cuenta con cuatro Laboratorios Reguladores Esenciales. Están en la interfaz entre la vigilancia de la gripe y el desarrollo de vacunas. La lista de laboratorios puede consultarse en https://www.who.int/influenza/gisrs_laboratory/essential_regulatory_lab/en/.

⁷⁷ El listado completo de funciones puede consultarse en *Terms of reference...*, op. cit., nota 76.

⁷⁸ El SMVRG cuenta con 12 Laboratorios de Referencia de la OMS para el virus H5. Están en la interfaz entre los humanos y los animales y ayudan a los países y a la OMS a detectar y confirmar rápidamente los nuevos virus. La lista de los LRE puede consultarse en https://www.who.int/influenza/gisrs_laboratory/h5_reflabs/list/en/.

⁷⁹ Estos laboratorios llevan a cabo una detección rápida de nuevos virus gripales, además de evaluar el riesgo de gripe y responder a él mediante un diagnóstico de laboratorio fiable de la infección por gripe en seres humanos, especialmente en los casos en que se sospeche una asociación con virus de gripe aviar A (H5) u otros virus gripales potencialmente pandémicos. *Enfoques de la gripe estacional y los datos de secuenciación genética de conformidad con el Marco de Preparación de una gripe pandémica*, OMS, 14 de diciembre de 2018, p. 9.

⁸⁰ *Directrices operativas sobre el intercambio de virus gripales potencialmente pandémicos para el hombre de acuerdo con el Marco de Preparación para una Gripe Pandémica*, OMS, 30 de junio de 2017, p. 6, disponible en <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/272881/WHO-WHE-IHM-GIP-2017.3-spa.pdf?ua=1>.

⁸¹ Monitorea la evolución de los virus de la gripe en el mundo en beneficio de la salud pública, realiza evaluaciones de riesgos y recomienda medidas para gestionarlos. *Términos de referencia CNG...*, op. cit., nota 71.

nas fallecen por causas respiratorias relacionadas con la gripe⁸², la labor del SMVRG es esencial para el seguimiento de la enfermedad sobre todo si tenemos en cuenta que los virus gripales están en constante evolución⁸³. Puesto que la vacunación es la forma más eficaz de prevenir la gripe y atenuar sus consecuencias, una de las funciones esenciales del SMVRG es formular recomendaciones sobre la composición de las vacunas para la gripe estacional⁸⁴. Con esta finalidad, cada año, los Centros Nacionales de Gripe analizan alrededor de 3,5 millones de muestras clínicas en todo el mundo⁸⁵ para, posteriormente, intercambiar con los Centros Colaboradores de la OMS más de 40.000 virus de la gripe estacional⁸⁶, los cuales realizarán una caracterización antigénica y genética detallada y la identificación de los virus de referencia que podrían utilizarse en el proceso de selección de virus candidatos para vacunas (VCV)⁸⁷. Sobre la base de estos datos, la OMS emite recomendaciones dos veces al año⁸⁸ sobre la composición de las vacunas contra la gripe estacional, poniendo, además, los VCV a disposición de los fabricantes de vacunas, así como de instituciones de investigación. Consecuentemente, la puntualidad del envío de muestras positivas para virus de la gripe estacional y/o aislados de esos virus a un Centro Colaborador de la OMS perteneciente al SMVRG es esencial para que los datos se puedan obtener a tiempo para ser utilizados en las mencionadas reuniones consultivas semestrales y contribuir a la selección de los mejores VCV que se emplearán en el desarrollo de las vacunas. Como ha destacado la OMS, «lo importante no es un enviar un virus estacional concreto, sino recoger los virus que se intercambian en las distintas partes del mundo. Cualquier retraso en el intercambio de virus en el SMVRG podría dificultar la disponibilidad de virus vacunales óptimos y reducir la eficacia de la vacuna contra la gripe estacional»⁸⁹.

⁸² *Estrategia Mundial contra la Gripe 2019-2030*, OMS, disponible en https://www.who.int/influenza/Global_Influenza_Strategy_2019_2030_Summary_Spanish.pdf?ua=1.

⁸³ *Aplicación del PN*, *op. cit.*, nota 43, p. 14.

⁸⁴ Para lo que, como destaca la OMS la «puntualidad es crítica en el intercambio de virus de la gripe», *Orientaciones operacionales ...*, *op. cit.*, nota 75, p. 4.

⁸⁵ Los Centros Nacionales de Gripe son los encargados de recoger muestras clínicas de pacientes con síntomas gripales o infecciones respiratorias agudas graves y realizar los análisis iniciales, debiendo enviar a los Centros Colaboradores una selección de un subconjunto de hasta cuarenta muestras representativas positivas para virus gripales o de aislados de esos virus. El procedimiento de actuación de los Centros Nacionales de Gripe en relación a los virus gripales estacionales (categoría 1) puede consultarse en *Términos de Referencia CNG...*, *op. cit.*, nota 71. En cuanto al funcionamiento de los CNG españoles puede consultarse *Guía de Procedimiento para la Vigilancia de Gripe en España*, mayo de 2019. Los criterios de selección de los virus que deben enviar los CNG se recogen en las *Orientaciones operacionales...*, *op. cit.*, nota 75, pp. 5-6; *Decisión WHA72(12) OPI(a)*, *op. cit.*, nota 70, p. 3.

⁸⁶ *Enfoques de la gripe estacional...*, *op. cit.*, nota 79, p. 12.

⁸⁷ El cronograma del ciclo de vacunas estacionales y el intercambio de virus puede consultarse en *Marco de preparación para una gripe pandémica: Intercambio de virus gripales y acceso a las vacunas y otros beneficios. Apartado a) del párr. 1 de la Decisión WHA 72(12). Informe sobre el intercambio de virus gripales*. Informe del Director General, OMS, febrero de 2020, p. 4.

⁸⁸ Estas reuniones de la OMS, que analizan la composición de las vacunas que se utilizarán en las temporadas gripales de los hemisferios norte y sur se llevan a cabo de febrero a marzo y de septiembre a octubre, respectivamente.

⁸⁹ Apdo. a) del párrafo de la Decisión WHA 72(12), *op. cit.*, nota 70, p. 4.

13. El intercambio de virus gripales con potencial pandémico, que también se realiza al abrigo del SMVRG⁹⁰, se rige por el Marco PIP, que si bien reconoce «el derecho soberano de los Estados respecto de sus recursos biológicos»⁹¹ —al igual que la CDB y el PN—, también destaca la importancia de una acción colectiva para mitigar los riesgos de salud pública⁹². En este sentido, su objetivo principal es «mejorar la preparación y respuesta ante una pandemia de gripe y fortalecer la protección frente a la gripe pandémica mejorando y fortaleciendo el sistema mundial de la OMS de vigilancia y respuesta a la gripe, con el objetivo de disponer de un sistema justo y transparente, equitativo, eficiente y eficaz para, en pie de igualdad: i) el intercambio de H5N1 y otros virus gripales potencialmente pandémicos para el hombre⁹³, y ii) el acceso a las vacunas y la compartición de otros beneficios»⁹⁴. Por tanto, el Marco PIP tiene como finalidad establecer un equilibrio entre el intercambio de materiales biológicos PIP⁹⁵ —imprescindible para responder a una eventual pandemia— y el reparto de beneficios derivados de su utilización, lo que ha llevado a Marie Wilke a calificarlo como «*the first ABS agreement in the area of public health*»⁹⁶.

14. Tal y como se establece en el Marco PIP —Sección 5.1.1—, los Estados miembros de la OMS⁹⁷, a través de sus Centros Nacionales de Gripe⁹⁸ y otros laboratorios autorizados, deben suministrar rápida y sistemáticamente materiales biológicos PIP obtenidos de todos los casos de infección humana

⁹⁰ Debe destacarse que los Anexos 4 y 5 del Marco PIP definen el mandato de los laboratorios del SMVRG en lo relativo a su labor con los virus gripales potencialmente pandémicos.

⁹¹ Michelle Rourke destaca que el Marco PIP «*is responsible for legitimising the concept of viral sovereignty as a legal norm*», ROURKE, M. F., *op. cit.*, nota 9, p. 169.

⁹² Sección 1.11, Marco PIP.

⁹³ El Marco PIP excluye los virus de la gripe estacional de su ámbito de aplicación (Sección 3, punto 1). A pesar de dicha exclusión, la OMS ha destacado que los virus de la gripe estacional y pandémica abarcan un espectro sin divisiones tajantes y afectan al ser humano, las aves y otros animales. La naturaleza evolutiva de estos virus hace que surjan nuevos virus gripales potencialmente pandémicos. A menudo, los virus gripales se transmiten entre diversos hospedadores de la misma o distinta especie, entre ellos los seres humanos, las aves y otros animales, *Enfoques de la gripe estacional...*, *op. cit.*, nota 79, p. 6. De hecho, la OMS está analizando qué repercusiones se derivarían de la incorporación del intercambio de virus gripales estacionales al Marco PIP. En este sentido, véase Decisión WHA70 (10)(8) b).

⁹⁴ Sección 2, Marco PIP.

⁹⁵ Véase Sección 4.1, Marco PIP.

⁹⁶ WILKE, M., *op. cit.*, nota 57, p. 137. En la misma línea, Anne Huvos, Steven A. Solomon y Claudia Nannini han destacado que el Marco PIP «*is a landmark, innovative public health arrangement to increase global preparedness to respond pandemic influenza*», HUVOS, A., SOLOMON, S. A. y NANNINI, C., «The Pandemic Influenza Preparedness Framework as an access and benefit sharing mechanism», en HALABI, S. y KATZ, R., *op. cit.*, nota 11, pp. 193-204, esp. pp. 193-194.

⁹⁷ Como ha destacado Marie Wilke, a pesar de que el Marco PIP es un instrumento no vinculante «*all actors that participate in the GIRSRS, whether governmental or non-governmental, are automatically bound by the PIP Framework rules governing the rights and obligations of material suppliers and recipients*», WILKE, M., «The World Health Organization's Pandemic Influenza Preparedness Framework as a public health resources pool», en CHEG KAMAU, E. y WINTER, G., *Common Pools of Genetic Resources. Equity and innovation in international biodiversity law*, Londres, Earthscan for Routledge, 2016, p. 320.

⁹⁸ En este sentido, en los *Términos de Referencia de los CNG* —nota 71— se establece expresamente que los Centros Nacionales de Gripe cuando trabajen con materiales biológicos PIP (categoría 2) deben hacerlo conforme el Anexo 5 del Marco PIP y las *Directrices Operativas...*, *op. cit.*, nota 80.

por H5N1 y otros virus gripales potencialmente pandémicos para el hombre, siempre que sea viable, a un Centro Colaborador de la OMS o a un laboratorio de referencia de la OMS para el H5 que elija el Estado miembro de origen⁹⁹. Dicho intercambio de virus y muestras clínicas dentro del SMVRG debe realizarse al amparo del Acuerdo Modelo de Transferencia de Material 1 (AMTM1)¹⁰⁰, contrato jurídicamente vinculante en el que se establecen las condiciones en las que los laboratorios del SMVRG intercambian los materiales biológicos PIP entre sí. Las partes en el Acuerdo —ambos laboratorios del SMVRG¹⁰¹— asumen una serie de compromisos dado que, por una parte, el proveedor da su consentimiento a una ulterior transferencia de los «materiales» tanto dentro del SMVRG bajo los mismos términos y condiciones del AMTM1, como fuera de este, siempre y cuando el receptor haya suscrito con la OMS un Acuerdo Modelo de Transferencia de Material (AMTM 2), debiendo además registrar el envío de materiales en el Mecanismo de Trazabilidad de los Virus de la Gripe¹⁰²; por su parte, el receptor asume, entre otras, la obligación de velar por que los materiales biológicos PIP sean manejados de conformidad con las directrices de la OMS y las normas nacionales de bioseguridad¹⁰³, así como de informar sobre cualquier envío o transferencia de material PIP tanto dentro como fuera del SMVRG a través del MTVG¹⁰⁴. Además, ni proveedor ni receptor podrán obtener derechos de propiedad intelectual sobre los materiales PIP¹⁰⁵.

15. Si, por el contrario, los materiales biológicos PIP se comparten fuera del SMVRG, el receptor¹⁰⁶ debe celebrar con la OMS —tal y como hemos

⁹⁹ El procedimiento de intercambio puede consultarse en *Directrices operativas...*, *op. cit.*, nota 80.

¹⁰⁰ Sección 5.4.1 y Anexo 1, Marco PIP.

¹⁰¹ Art. 1.1 del Anexo 1, Marco PIP. De hecho, Michelle Rourke ha destacado que «*the SMATT 1s are simply agreements between the various nodes of the extended GISRS network, and as such, any biological materials held by the NICs are already to reside within the GISRS*», ROURKE, M. F., «Acces by desing, benefits if convenient: a closer look at the Pandemic Influenza Preparedness Framework's Standard Material Transfer Agreements», *The Milbank Quarterly*, vol. 97, 2019, núm. 1, p. 100.

¹⁰² El Mecanismo de Trazabilidad es una herramienta esencial para realizar un seguimiento del intercambio de materiales biológicos PIP dentro del SMVRG. Se basa en un sistema electrónico que permite seguir en tiempo real los movimientos de Materiales biológicos PIP que se encuentran o circulan dentro del SMVRG, Sección 5.3, Marco PIP. Dichos intercambios pueden consultarse en <https://extranet.who.int/ivtm2/>.

¹⁰³ Con el término seguridad biológica o bioseguridad se hace referencia a los principios, técnicas y prácticas aplicadas con el fin de evitar la exposición no intencional a patógenos y toxinas, o su liberación accidental, *Bioseguridad y protección. Nota descriptiva*, OMS, 20 de marzo de 2018, versión 1, disponible en https://www.who.int/influenza/pip/BiosecurityandBiosafety_ES_20Mar2018.pdf.

¹⁰⁴ Art. 5, Anexo 1, Marco PIP.

¹⁰⁵ Art. 6, Anexo 1, Marco PIP. Puede consultarse también el intercambio de virus gripales y el acceso a vacunas y otros beneficios de la OMC, disponible en https://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/trilatweb_s/ch3e_trilat_web_13_s.htm.

¹⁰⁶ De acuerdo con la modificación adoptada por la Asamblea Mundial de la salud en nota 1 del Anexo 2 del Marco PIP, se consideran receptores todas las entidades que reciben materiales biológicos PIP del SMVRG, como fabricantes de vacunas, medios diagnósticos, productos farmacéuticos y otros productos de interés para la preparación y respuesta ante una gripe pandémica, así como empresas de biotecnología, instituciones de investigación e instituciones académicas. Además, todo fabricante que suscriba contratos o acuerdos formales con receptores o laboratorios del SMVRG con el propósito de utilizar los materiales biológicos PIP en nombre de los fabricantes a efectos de comercialización,

apuntado anteriormente— un AMTM 2, contrato jurídicamente vinculante que se articula como uno de los mecanismos de reparto de beneficios, si bien estos diferirán dependiendo de la naturaleza o capacidad del receptor. Así, por ejemplo, de acuerdo con la modificación del Anexo 2 del Marco PIP¹⁰⁷, los fabricantes de vacunas¹⁰⁸, productos farmacéuticos y productos de interés para la preparación y respuesta ante una gripe pandémica¹⁰⁹ deberán compartir como beneficios, respectivamente, algunos de los enumerados en los apdos. a) a c) del art. 4.1.1 del Anexo 2 —entre los que se encuentran, por ejemplo, la donación a la OMS de al menos un 10 por 100 de la producción de vacunas antipandémicas en tiempo real o reservar una cantidad a determinar de tratamientos de los antivirales necesarios para combatir una pandemia a precios asequibles—. Por el contrario, otros receptores como instituciones de investigación o instituciones académicas no están obligadas a compartir beneficios, sino que simplemente «considerarán su contribución» a las medidas enumeradas en el apdo. c) del citado artículo, entre las que se encuentran la transferencia de tecnología o la creación de capacidad de laboratorio y vigilancia¹¹⁰. Si comparamos este «procedimiento» con el PN, podemos destacar que: i) a pesar del carácter no vinculante del Marco PIP, los Estados que recurren al SMVRG, sí adquieren una serie de obligaciones a través del AMTM 1; ii) frente al enfoque bilateral del acceso y reparto de beneficios del PN, es la OMS la que concluye el AMTM 2 —que se basa en un modelo estandarizado, lo que minimiza los plazos de celebración— y la que recibe los beneficios exclusivamente en caso de pandemia, por lo que podría concluirse que estamos ante un enfoque multilateral de acceso y reparto de beneficios, y iii) tanto el PN como el Marco PIP comparten el reto de revisar la incidencia de los datos de secuenciación genética, si bien difieren del punto de partida. El Marco PIP los excluye inequívocamente de su ámbito de aplicación¹¹¹, por lo que solo el intercambio de muestras físicas «activa» la conclusión de un AMTM 2, de

uso público o aprobación regulatoria de vacunas, medios diagnósticos o productos farmacéuticos de ese fabricante, también deberá suscribir un AMTM2, ampliándose así a los receptores indirectos. *Modificaciones a la nota 1 del Anexo 2 del Marco PIP*. Resolución WHA72 (12) Marco para el intercambio de virus gripales y el acceso a las vacunas y otros beneficios en el contexto de la preparación para una gripe pandémica, 28 de mayo de 2019. Véase también *Shipping Notice-PIP Framework*, OMS, 31 de octubre de 2019, disponible en https://proxy-redirect.netlify.app/influenza/pip/smta2/PIPBM_ShipNotice_Oct2019.pdf.

¹⁰⁷ *Modificaciones a la nota 1 del Anexo 2 del Marco PIP...*, op. cit., nota 106.

¹⁰⁸ La OMS ha firmado 14 AMTM 2 con diversos fabricantes de vacunas y antivirales. Dichos acuerdos pueden consultarse en https://www.who.int/influenza/pip/benefit_sharing/SMTA2_catA/en/.

¹⁰⁹ La OMS ha celebrado sendos acuerdos con Becton, Dickinson and Company y Quidel Corporation. Dichos Acuerdos puede consultarse en https://www.who.int/influenza/pip/benefit_sharing/smta2_catB/en/.

¹¹⁰ De hecho, de los 71 Acuerdos celebrados por la OMS con estas instituciones o empresas de biotecnología, entre los que se encuentra el celebrado con una empresa española —Vicell, S. L.—, cabe destacar que solo 29 de ellas —entre las que se encuentra Vicell— contribuyen con alguna de las medidas establecidas en el art. 4.1.1.c) del Anexo del Marco PIP. Véase https://www.who.int/influenza/pip/benefit_sharing/SMTA2_catC_11feb2019.pdf?ua=1. Todos los Acuerdos están disponibles en https://www.who.int/influenza/pip/CatC_list/en/.

¹¹¹ El Marco PIP define las secuencias genéticas (Sección 4.2) como «el orden en el que aparecen los nucleótidos en una molécula de ADN o ARN. Contienen la información genética que determina las

ahí que, en estos momentos, la OMS esté estudiando la posibilidad de que estos se incluyan en su ámbito de aplicación¹¹². Sin embargo, las Partes en el CDB y el PN mantienen importantes discrepancias sobre la inclusión de la información digital sobre secuencias de los recursos genéticos dentro de su ámbito de aplicación¹¹³, de ahí que hayan decidido seguir estudiando la cuestión que será, de nuevo, objeto de análisis en la Conferencia de Partes que se celebrará en 2021¹¹⁴.

16. Por otra parte, los fabricantes de vacunas, productos farmacéuticos, y medios de diagnóstico contra la gripe que recurren al SMVRG deben realizar una contribución financiera anual a la OMS denominada «Contribución de Partenariado» del Marco PIP, configurado como otro de los mecanismos de reparto de beneficios. Dicho mecanismo que tiene como objetivo mejorar la preparación y respuesta ante pandemias, consiste en un pago anual a la OMS por parte de los fabricantes de vacunas y de productos diagnósticos y farmacéuticos¹¹⁵ que recurren al SMVRG¹¹⁶. Es importante destacar que deben realizar dicha Contribución todos aquellos que recurren al SMVRG independientemente del tipo de «material»¹¹⁷, es decir, materiales PIP —tanto físicas como datos de secuenciación genética—¹¹⁸ y muestras clínicas de gripe estacional, por lo que «*to a certain degree, seasonal influenza is already*

características biológicas de un organismo o virus»; sin embargo, no las incluye en la definición de materiales biológicos PIP, dejándolas por tanto fuera de su ámbito de aplicación.

¹¹² Para lo que sería necesario abordar una modificación de la definición de materiales biológicos PIP. *Enfoques de la gripe...*, op. cit., nota 79, pp. 21-25; *Marco para el intercambio de virus gripales y el acceso a las vacunas y otros beneficios en el contexto de la preparación para una gripe pandémica. Decisión WHA 72(12), párrs. 1.c), d) y e).* Proyecto de informe del Director General, marzo de 2020.

¹¹³ De hecho, algunas Partes estiman que constituye una utilización de recursos genéticos y, por tanto, podría regularse el acceso y reparto de beneficios al igual que si se tratase de una muestra física, *Synthesis of views and Information related to a DSI on GR. Ad hoc Technical Expert Group on DSI on GR*, Doc. CBD/DSI/AHTEG/2020/1/2, 30 de marzo de 2020.

¹¹⁴ Véase Decisión 3/12 Información digital sobre secuencias de recursos genéticos, Doc. CBD/NP/MOP/DEC/3/12 de 30 de noviembre de 2018. Como consecuencia de la covid-19 la Conferencia de Partes se celebrará en la segunda mitad de 2021.

¹¹⁵ Sección 4.3, Marco PIP.

¹¹⁶ Véase Sección 6.14.3 del Marco PIP. Se entiende que hacen uso del SMVRG los fabricantes que utilizan o reciben materiales (tales como virus candidatos para vacunas, virus naturales...); servicios (p. ej., caracterización antigénica o genética de los virus; ensayos de sensibilidad a antiviricos...); información (información genética, datos epidemiológicos, datos sobre sensibilidad a antiviricos...) *Enfoques de la gripe estacional...*, op. cit., nota 79, p. 42. En cuanto a los beneficios derivados de los AMTM 2 y la CP, véase *Pandemic Influenza Preparedness Framework. Biennial Progress Report 1 January-31 December*, OMS, 2020.

¹¹⁷ En este sentido la OMS ha destacado que «*under the Partnership Contribution, "using GISRS" is understood to "include receipt of physical materials, or use of data and/or information, some of which may not be routinely provided to the general public". The Partnership formula is based on companies' average annual influenza products sales (seasonal and pandemic)*», *Implementation of Decision WHA 70(10)8(b). Scoping Paper on approaches to seasonal influenza and genetic sequence data under the PIP Framework, 2017*, p. 5. Entendiendo además que «*physical materials developed and provided by or through GISRS labs include candidate vaccine viruses, reference reagents, reference reagents for vaccine potency determination, sequence information, results of viral sensitivity tests as well as epidemiological patterns*», *Pandemic Influenza Preparedness Framework: distribution of partnership contribution among companies*, OMS, 8 de mayo de 2013, pp. 2-3.

¹¹⁸ *Enfoques de la gripe ...*, op. cit., nota 79, p. 2.

*included in these benefit sharing arrangements»*¹¹⁹. Es más, la OMS ha identificado un conjunto de beneficios de los que disfrutaban los Estados miembros del SMVRG tanto en el mandato de la gripe estacional como de los VGPP: i) pruebas, análisis y seguimiento en laboratorio; ii) evaluación de riesgos; iii) reactivos y virus; iv) información y conocimiento, y v) creación de capacidad a escala mundial y nacional¹²⁰.

17. Hasta la entrada en vigor del CDB y el PN, el intercambio de virus de gripe estacional y VGPP tenía lugar, como hemos visto, al abrigo del SMVRG y el Marco PIP respectivamente. Sin embargo, en la medida en que la progresiva implementación del PN ha traído aparejada —como veremos— dificultades para el intercambio de virus gripales en el SMVRG se hace imprescindible clarificar el marco jurídico. La interacción entre ambos regímenes es indudable, desde una doble perspectiva, dado que, por una parte, en el SMVRG se intercambian patógenos que, salvo disposiciones específicas, podrían estar dentro del ámbito de aplicación del PN, y por otra parte, de las 124 Partes del PN, 79 cuentan con Centros Nacionales de Gripe y 3 cuentan con Centros Colaboradores de la OMS¹²¹, que, como hemos apuntado, son piezas fundamentales para el funcionamiento del SMVRG y que, además, han adquirido el compromiso de intercambiar los virus gripales dentro del sistema¹²².

18. Consecuentemente, la cuestión que se plantea es cuál es la relación del CDB y el PN con el intercambio de virus gripales estacionales y VGPP. La respuesta es compleja, dado que, como hemos visto, el PN solo hace referencia a los patógenos en su Preámbulo, mientras que el art. 8.b) se circunscribe a las emergencias sanitarias. Nada establece, por tanto, en relación al intercambio de virus gripales. Ni siquiera el art. 4, relativo a los instrumentos especializados. Por tanto, en último término, el acceso dependerá de lo dispuesto en la legislación interna de cada Parte y de la calificación del SMVRG y/o del Marco PIP como instrumentos especializados.

19. Dado que el SMVRG es, como ha destacado la OMS, «un mecanismo mundial de alerta y respuesta a la gripe estacional, zoonótica y pandémica, y su función tiene repercusiones directas sobre la preparación y la respuesta contra la gripe»¹²³, urge clarificar el marco jurídico, puesto que, si bien es cierto que el CDB y el PN pueden contribuir al fortalecimiento del SMVRG en tanto que representa una oportunidad para la participación en los beneficios derivados del uso de los virus de la gripe estacional, también lo es

¹¹⁹ *Decisión WHA 70(10)8.b*, *op. cit.*, nota 117, p. 5. De hecho, las ventas de los productos de la gripe estacional ya se utilizan para calcular la Contribución de Partenariado del Marco PIP, *Enfoques de la gripe...*, *op. cit.*, nota 79, p. 19.

¹²⁰ Para una descripción detallada de dichos beneficios véase *Enfoque de la gripe...*, *op. cit.*, nota 63, p. 14; *Implementation of Decision WHA 70(10)8.b*, *op. cit.*, nota 117, p. 2.

¹²¹ *Pandemic Influenza Preparedness Framework. Sharing of influenza viruses & access to vaccines and other benefits*. Consultation on WHA decision 70 (10) 8.b). Overview, 15-16 de octubre de 2018.

¹²² Empleamos el término «sistema» para referirnos al doble mandato del SMVRG: gripe estacional y VGPP.

¹²³ Doc. EB146/18, *op. cit.*, nota 48, p. 2.

que la incertidumbre respecto al alcance y aplicación del PN, junto con la complejidad derivada de la pluralidad de marcos jurídicos nacionales sobre acceso y reparto de beneficios, puede incidir negativamente en su funcionamiento, sobre todo si tenemos en cuenta que la celeridad y puntualidad en el intercambio de virus es esencial¹²⁴. No debemos olvidar que en el SMVRG se intercambian, anualmente, más de 40.000 muestras gripales, de ahí que el principal reto sea que el PN no ralentice o colapse dicho intercambio ni, consecuentemente, el proceso de desarrollo de vacunas. De hecho, el SMVRG ha sufrido ya los efectos negativos de esta incertidumbre, habiéndose notificado a la Secretaría de la OMS entre 2018 y 2019 diversos casos en los que la legislación nacional de acceso y reparto de beneficios generó importantes consecuencias con retrasos tanto en el envío de muestras de virus gripales estacionales entre Centros Nacionales de Gripe y CC de la OMS¹²⁵, como en el proceso de producción de vacunas¹²⁶. Para superar estas situaciones, tanto la OMS como la Secretaría del CDB vienen trabajando en las repercusiones del CDB y el PN en relación al intercambio de patógenos en general —como hemos visto en el apartado primero de este trabajo— como el intercambio de virus gripales. En todo caso, la solución se antoja muy compleja debido a la interacción entre dos instrumentos de la OMS —SMVRG y Marco PIP—¹²⁷ con el PN y CDB y la pluralidad de actores implicados: todos los laboratorios que conforman el SMVRG, fabricantes de vacunas, productos farmacéuticos o centros de investigación. Hasta el momento, la OMS —que pretende liderar el proceso—¹²⁸ ha identificado diferentes vías para contribuir a la armonización de la aplicación de ambos instrumentos:

¹²⁴ *Aplicación del PN...*, *op. cit.*, nota 43, pp. 16-17; *Meeting of the Pandemic Influenza Preparedness Framework Advisory Group*. Report of the Director-General, 17-18 de octubre de 2018, Geneva, Switzerland.

¹²⁵ De los cuatro casos de los que la OMS tiene conocimiento, tres de ellos ha tenido lugar en Estados parte del PN y ponen de manifiesto la enorme complejidad e incertidumbre en torno al marco jurídico aplicable. En el otro supuesto, aunque el Estado no era parte en el PN había adoptado legislación nacional de acceso y reparto de beneficios, por lo que fue necesario negociar las condiciones mutuamente acordadas antes del envío. Doc. EB146/18, *op. cit.*, nota 48, pp. 3-4, y *Apartado a) del párr. 1 de la Decisión WHA 72(12)*, *op. cit.*, nota 87, pp. 6-7.

¹²⁶ En este caso, la OMS ha tenido conocimiento de varios supuestos durante los años 2018 y 2019 en los que la aplicación del PN generó problemas importantes para recibir y utilizar VCV, con importantes retrasos en el proceso de obtención de vacunas bien por la incertidumbre en la legislación aplicable para su utilización o por la conclusión de las condiciones mutuamente acordadas, *ibid.*, pp. 3 y 9, respectivamente.

¹²⁷ En este sentido, la Asamblea Mundial de la Salud pedía en su reunión de 2019 al Director General que «trabajase con el SMVRG y otros asociados, como con otros laboratorios autorizados e instituciones pertinentes, para recopilar, analizar y presentar datos sobre el intercambio de virus gripales de un modo que permita una comprensión más profunda de los desafíos, las oportunidades y las implicaciones para la salud pública que conlleva el intercambio de virus en el marco del SMVRG, en particular mediante la identificación de casos específicos en los que el intercambio de virus se haya visto obstaculizado, y de cómo se pueden mitigar dichos casos», Resolución WHA72(12) *Marco para el intercambio de virus gripales y el acceso a vacunas y otros beneficios en el contexto de la preparación para una gripe pandémica*, 28 mayo de 2019, de la Asamblea Mundial de la Salud punto 1.a).

¹²⁸ En este sentido la OMS ha destacado que «considera de suma importancia su función rectora en cuestiones relacionadas con las consecuencias para la salud pública del PN», *Enfoques de la gripe estacional...*, *op. cit.*, nota 79, punto 11.f).

i) Que el Marco PIP sea considerado un instrumento especializado a la luz del art. 4 del PN, lo que disiparía cualquier duda relativa a la relación entre ambos instrumentos dado que, en ese caso, se excluiría del ámbito de aplicación del PN el intercambio de materiales biológicos del Marco PIP¹²⁹. De hecho, algunas partes del PN como, por ejemplo, la Unión Europea (UE) han reconocido el carácter de instrumento internacional especializado al Marco PIP, pero otras no¹³⁰. La razón de esta disparidad de criterio se deriva de las lagunas del art. 4.4 PN dado que ni establece los criterios que debe cumplir un instrumento internacional para ser calificado como especializado ni a quién le corresponde adoptar dicha decisión. De hecho, con la finalidad de superar estas lagunas, las Partes en el Protocolo de Nagoya decidieron iniciar en 2016 un estudio¹³¹ que ha dado lugar, hasta el momento, a la adopción, en noviembre de 2018, de una Decisión relativa a los instrumentos internacionales especializados de acceso y participación en los beneficios dentro del contexto del art. 4.4¹³² en la que «con la finalidad de fortalecer la coordinación y el apoyo mutuo entre los instrumentos internacionales sobre acceso y participación en los beneficios» solicita a las Partes PN que faciliten información sobre cómo abordan la cuestión en sus disposiciones internas con el objetivo de que el Órgano Subsidiario sobre la Aplicación pueda realizar un análisis y formular una nueva recomendación a la Conferencia de Partes¹³³. Además, es importante destacar que dicha Decisión va acompañada de un Anexo con los tres posibles criterios que determinarían qué instrumento internacional cumple los requisitos para ser considerado un instrumento especializado: debería ser un instrumento acordado intergubernamentalmente, especializado y en

¹²⁹ El Grupo de Examen del Marco PIP recomendaba, con motivo de la presentación de su primer informe, que este «debería ser considerado un instrumento internacional especializado para aportar mayor claridad a la aplicación del PN en relación con las labores de preparación y respuesta ante una gripe pandémica», doc. EB140/1. Opinión compartida por diversos autores tales como MORGERA, E., y otros, *op. cit.*, nota 29, p. 105; ROURKE, M. F., «Viruses for Sale-All Viruses are subject to access and benefit sharing obligations under the Convention on Biological Diversity», *Griffith Law School Research Paper*, núms. 17-14, p. 25. Sin embargo, otros autores consideran que estamos ante una cuestión pendiente de respuesta, GLOWKA, L. y NORMAND, V., «The Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing: Innovations in international Environmental Law», en MORGERA, E., TSIOMANI, E. y BUCK, M., *op. cit.*, nota 29, pp. 45-46.

¹³⁰ La Unión Europea ha reconocido el Marco PIP como instrumento especializado, Reglamento (UE) núm. 511/2014, párr. 16. Véase también *Documento de orientación, op. cit.*, nota 8, punto 5.1, p. 16. De hecho, junto a la Unión Europea, solo dos Estados Parte del PN han reconocido expresamente en su legislación interna al Marco PIP como instrumento especializado: Japón (<https://www.nite.go.jp/en/nbr/global/abs-chap5/index.html>) y Suiza. Véase *Pandemic Influenza Preparedness (PIP) Framework. Draft Report on Decision WHA72(12) 1.b*, OMS, marzo 2020; *Specialized International access and benefit-sharing instruments in the context of article 4, paragraph 4, of the Nagoya Protocol*. CBD, *Subsidiary Body on Implementation*, doc. CBD/SBI/3/14, 13 de julio de 2020.

¹³¹ Doc. CBD/NP/MOP/DEC/2/5, párr. 3.

¹³² Decisión 3/14 adoptada por las Partes en el PN sobre acceso y participación en los beneficios. Doc. CBD/NP/MOP/DEC/3/14 de 30 de noviembre de 2018.

¹³³ Será objeto de análisis en la próxima reunión del Órgano subsidiario de aplicación que se celebrará, en principio, en Quebec, del 9 al 14 de noviembre de 2020. Véase *Anotaciones revisadas al Programa Provisional*, concretamente, el Tema 12. Doc. CBD/SBI/3/1/Add. 1/Rev.2, 15 de junio de 2020, junto con el doc. CBD/SBI/3/14, 13 de julio de 2020 (*Specialized international Access and benefit-sharing instruments in the context of article 4, paragraph 4, of the Nagoya Protocol. Note by the Secretary*).

consonancia con los objetivos del CDB y del PN¹³⁴. Criterios que, en nuestra opinión, cumpliría el Marco PIP.

ii) En cuanto al intercambio de los virus de la gripe estacional en el SMVRG, son dos las opciones propuestas por la OMS: 1) Revisar el Marco PIP para integrar los virus gripales en su ámbito de aplicación, bien bajo el mismo régimen jurídico que el intercambio de materiales biológicos o bien incorporando un Anexo relativo al intercambio de este tipo de virus, teniendo en cuenta sus especificidades, y 2) armonizar el SMVRG con el PN a través de diferentes vías: *a)* que el SMVRG sea considerado un instrumento especializado¹³⁵, si bien a la luz de la Decisión adoptada por las Partes del PN en la que se establece como uno de los posibles criterios para calificar un instrumento como especializado es que este disfrute de un carácter intergubernamental, sería imprescindible iniciar un procedimiento de dicho carácter dado que el SMVRG, tal y como está configurado actualmente, no cumple este criterio¹³⁶; *b)* que las Partes en el Protocolo de Nagoya bien excluyan de su ámbito de aplicación el intercambio de virus gripales estacionales¹³⁷, o bien reconozcan que el SMVRG es compatible con el PN, considerando así, como mantiene la OMS, que el SMVRG «se basa en un sistema de acceso y participación los beneficios ya en funcionamiento»¹³⁸, y *c)* explorar otras opciones que ofrece el PN tales como un mecanismo multilateral mundial de participación de beneficios (art. 10), adopción de códigos de conducta voluntarios (art. 20) o medidas en caso de emergencias presentes o inminentes [art. 8.*b*)]. En nuestra opinión, tanto el art. 10 como el 20 podrían ser «mecanismos» útiles para la armonización, a diferencia del art. 8.*b*) PN, dado que la gripe estacional no puede calificarse como una emergencia, sino que, por el contrario, es una amenaza para la salud pública mundial que siempre acude a su cita anual.

iii) Adopción de un nuevo instrumento internacional de acceso y participación en los beneficios que podría comprender todos los virus gripales e, incluso, todos los patógenos con incidencia en la salud humana. Sin lugar a dudas, consideramos que esta sería la mejor opción, dado que permitiría tener en cuenta las peculiaridades y características del intercambio de los diferentes patógenos y abordar las situaciones de emergencias sanitarias en el sentido apuntado en el párr. 9 de este trabajo. Sin embargo, aunque se decidiese iniciar este proceso, sería necesario igualmente resolver las cues-

¹³⁴ *Posibles Criterios para un Instrumento Internacional Especializado de acceso y participación en los beneficios en el marco del párr. 4 del art. 4 PN sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización*. Doc. CBD/NP/MOP/DEC/3/14.

¹³⁵ Algunos Estados miembros de la OMS sugirieron que el propio SMVRG fuese reconocido como un instrumento internacional especializado en virtud de art. 4.4 PN, y que la evaluación de riesgos y la facilitación de productos de laboratorio sean consideradas beneficios generados por la red. *Aplicación del Protocolo de Nagoya...*, *op. cit.*, nota 43, p. 22; Decision WHA72(12) OP 1.a), párr. 22.*h*), p. 105.

¹³⁶ Como ya hemos visto, el SMVRG es una red internacional coordinada por la OMS, que no cuenta con un mandato general, sino que es cada uno de los laboratorios que conforman la red los que cuentan con un mandato específico.

¹³⁷ Además, «countries not requiring benefit sharing should provide documentation of this as a legal certainty for vaccine producers», Decision WHA72(12) OP 1.a), párr. 22.*f*).

¹³⁸ *Enfoques de la gripe estacional...*, *op. cit.*, nota 79, párr. 55.

tiones de armonización del Marco PIP, SMRG y PN, dado el tiempo que transcurriría hasta la posible adopción y potencial entrada en vigor de dicho acuerdo.

4. CONCLUSIONES

20. Si bien el intercambio de patógenos es fundamental tanto para una vigilancia constante de enfermedades como la gripe, así como para prevenir y/o responder a nuevas pandemias, este transcurre por un marco jurídico complejo sobre el que sobrevuelan muchas incertidumbres. De hecho, a pesar de que la adopción de la CDB supuso la consagración del derecho soberano de los Estados sobre sus recursos genéticos y, por ende, también sobre los patógenos, no sería hasta 2007 cuando se acuña la doctrina «*viral sovereignty*». Hasta entonces, el intercambio de patógenos se realizaba bien en un contexto informal donde los investigadores de distintos países se enviaban muestras en base a la confianza mutua y la reciprocidad; bien a través de redes como la que la OMS había creado para la vigilancia constante del virus de la gripe.

21. La mencionada doctrina, que se asienta sobre la CDB, tiene su origen en la reivindicación, por parte de Indonesia, de sus derechos soberanos sobre el virus de la gripe aviar que había sido aislado en su país y que había compartido con la OMS al abrigo de la Red Mundial de Vigilancia contra la Gripe. Posteriormente, la OMS transfirió las muestras a una empresa farmacéutica que patentaría una vacuna, si bien Indonesia no obtendría ningún beneficio derivado del uso de ese recurso. La crisis generada por estos hechos concluyó con la adopción en 2011, en el marco de la OMS, del Marco PIP aplicable al intercambio del virus H5N1 y otros virus gripales potencialmente pandémicos.

22. El Marco PIP no contribuyó a clarificar el marco jurídico, sino que, por el contrario, introdujo más interrogantes derivados de un complejo mosaico de «instrumentos». Por una parte, la CDB y el PN, que reconocen el derecho soberano de los Estados sobre los recursos genéticos que se encuentran bajo su jurisdicción y la participación justa y equitativa en los beneficios derivados de su utilización. Por otra parte, la OMS, que tiene asignada la función de alcanzar para todos los pueblos el grado más alto posible de salud, se dotó de dos instrumentos —el mencionado Marco PIP y el SMVRG— en los que sus Estados miembros comparten tanto virus de la gripe estacional como los virus gripales con potencial pandémico. Consiguientemente, podríamos inferir que la CDB y el PN serían de aplicación a los patógenos no gripales, mientras que los instrumentos OMS se circunscriben a los gripales; sin embargo, la respuesta, en estos momentos, es compleja y diversa. Todavía no se han resuelto ni los problemas de convivencia entre la CDB y el PN con el Marco PIP y el SMVRG, ni se ha dado respuesta a los desafíos que presentan la CDB y PN para la salud pública.

23. Es indudable, como hemos visto en este trabajo, que el CDB y el PN albergan importantes consecuencias para la salud pública, de ahí que sea imprescindible afrontar y dar respuesta a los múltiples desafíos que plantea del intercambio de patógenos. En nuestra opinión, le corresponde a la OMS liderar este proceso, sobre todo en la medida en que todas las Partes del PN —a excepción de la Unión Europea— son miembros de la OMS.

RESUMEN

INTERCAMBIO DE PATÓGENOS, SALUD PÚBLICA Y PROTOCOLO DE NAGOYA: OPORTUNIDADES Y DESAFÍOS

Este artículo tiene como objeto analizar el impacto del Convenio sobre la Diversidad Biológica y su Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización en el intercambio de patógenos con repercusiones para la salud pública. Ambos instrumentos diseñan un nuevo modelo en el que el acceso a patógenos podría condicionarse a la previa obtención de la autorización de acceso del Estado proveedor junto con la celebración de un contrato —condiciones mutuamente acordadas— para el reparto de beneficios que se deriven de su utilización. Este nuevo modelo contrasta con la práctica habitual que venía desarrollándose hasta entonces en un contexto básicamente informal y presenta múltiples desafíos tanto en relación al acceso de patógenos no gripales como al intercambio de virus gripales. De hecho, en relación con los virus gripales todavía no se han resuelto los problemas de «convivencia» del PN con el Sistema Mundial de Vigilancia y Respuesta de la Gripe y Marco de preparación para una gripe pandémica de la OMS.

Palabras clave: Convenio sobre la Diversidad Biológica, Protocolo de Nagoya, OMS, Marco PIP, Sistema Mundial de Vigilancia y Respuesta de la Gripe, patógenos, virus gripales, virus y soberanía, biopiratería, SARS-CoV-2.

ABSTRACT

PATHOGEN SHARING, PUBLIC HEALTH AND THE NAGOYA PROTOCOL: OPPORTUNITIES AND CHALLENGES

This article aims to analyze the public health implications of the Convention on Biological Diversity and its Nagoya Protocol on Access to genetic resources and the fair and equitable sharing of benefits arising from their utilization. Both instruments establish a new model where pathogen may be accessed subject to the prior informed consent of the country providing the resources and once mutually agreed terms have been reached that include the fair and equitable sharing of benefits arising from the utilization of the concerned resources. This new model differs from the common practice. In fact, the global sharing of pathogens was primarily done informally. In many instances, pathogens were shared without formal permission from national authorities. This situation presents challenges for both access and sharing of non-influenza and influenza virus. In fact, some problems related to the links between the NP and the Global Influenza Surveillance and Response System and the Pandemic Influenza Preparedness Framework are still unsolved.

Keywords: Convention on Biological Diversity, Nagoya Protocol, WHO, PIP Framework, Global Influenza Surveillance and Response System, non-influenza pathogens, influenza virus, viral sovereignty, biopiracy, SARS-CoV-2.

EL COMBATE *DE FACTO* CONTRA LA TRATA DE PERSONAS EN ESPAÑA Y LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO

Ángela TRUJILLO DEL ARCO*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA LLEGADA DEL CONSENSO INTERNACIONAL SOBRE EL CONCEPTO DE TRATA DE PERSONAS.—3. LA POSTURA *DE JURE* VS. LA POSTURA *DE FACTO* EN LA LUCHA CONTRA LA TRATA DE SERES HUMANOS.—4. LA POSTURA *DE JURE* VS. LA POSTURA *DE FACTO* EN EL CASO ESPAÑOL.—5. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO Y LA POSTURA *DE FACTO* EN EL COMBATE ESPAÑOL CONTRA LA TRATA.—6. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

La comunidad internacional ha recorrido un largo camino para erradicar la trata de personas. El primer tratado internacional en la materia, el Acuerdo Internacional para la Supresión de la Trata de Blancas¹, vio la luz en el año 1904 y desde entonces, durante casi un siglo, cinco instrumentos más se fueron sucediendo en la búsqueda por lograr un consenso universal sobre cuáles eran los términos en los que debía entenderse el concepto de la trata y su lucha. Como resultado, actualmente, en el orden internacional existe un sólido acuerdo, tanto con respecto al variado elenco de realidades inherentes a este delito y violación de derechos humanos, como en relación a la aproximación multidisciplinar basada en tres pilares básicos sobre la que debe construirse su combate, esto es, la prevención de la trata, la protección de las personas tratadas y el procesamiento de los tratantes. Sin embargo, los estándares consagrados en el plano supranacional no han permeado siempre de manera correcta al nivel nacional. Esta disparidad parece ser notable en algunos extremos de la estrategia nacional española de lucha contra la trata de

* Doctora en Derecho Internacional Público por la Universidad Carlos III de Madrid (antruarc@hotmail.com). Todas las páginas *web* de referencia han sido consultadas por última vez el 29 de octubre de 2020.

¹ *International Agreement for the Suppression of the White Slave Traffic*, París, 18 de mayo de 1904, entry into force, 18 de julio de 1905, League of Nations, Treaty Series, vol. I, p. 83.

personas, por lo que la misma requiere ser examinada. Tal análisis no es una cuestión de poca importancia. Ciertamente, es lo propio mantener presente que desoír los estándares internacionales asumidos por el país es susceptible de generar la responsabilidad internacional del Estado.

2. LA LLEGADA DEL CONSENSO INTERNACIONAL SOBRE EL CONCEPTO DE TRATA DE PERSONAS

Con anterioridad al año 2000, la Convención para la represión de la trata de personas y la explotación de la prostitución ajena de 1949² constituía la última normativa en materia de trata de seres humanos acordada con carácter universal en el ordenamiento jurídico internacional. Siguiendo lo allí pactado, cuando se hablaba de suprimir la trata de personas se buscaba castigar de manera amplia a los intermediarios en la prostitución³. En los albores del nuevo milenio, la comunidad internacional entendió que aquella conceptualización de la trata había demostrado durante medio siglo que no cubría las realidades que le eran inherentes por lo que se vio la necesidad de tomar un nuevo rumbo en su lucha. Con tal finalidad, se dio comienzo a los trabajos preparatorios del futuro Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, también conocido como «Protocolo de Palermo» o «Protocolo contra la Trata».

Nada más comenzar las negociaciones del nuevo tratado internacional se vio que, como punto de partida, debía determinarse el tipo de trata que se iba a reprimir y sus sujetos pasivos. Con la intención de barajar diferentes propuestas, las delegaciones allí presentes resolvieron que el gobierno de Estados Unidos de América y el de Argentina elaboraran un borrador de instrumento legal internacional⁴. En enero de 1999, ambos países presentaron sus respectivos borradores de un protocolo suplementario a la Convención sobre el Crimen Organizado Transnacional que, según mandaban sus títulos, se dirigían a combatir la trata internacional de mujeres y niños. Sin embargo, el contenido de ambas proposiciones variaba en su enfoque. Argentina planteaba la conclusión de un tratado que combatiera exclusivamente la trata internacional de mujeres y niños, si bien dirigida a cualquier propósito, al considerar que ambas categorías de personas eran particularmente vulnera-

² *Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others*, approved by the General Assembly of the United Nations on Resolution 317 (IV), 2 de diciembre de 1949, entry into force, 25 de julio de 1951, United Nations, Treaty Series, vol. 96, p. 271.

³ TRUJILLO DEL ARCO, A., «El asunto S. M. c. Croacia: Del nuevo abolicionismo de la prostitución en el CEDH y del desastre interpretativo del TEDH», *RGDE*, 2020, núm. 51, pp. 235-251, esp. pp. 237-240.

⁴ Véase UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (UNODC), *Travaux préparatoires of the negotiations for the elaboration of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto*, Nueva York, 2006: pp. xxiv-xxvi, https://www.unodc.org/pdf/ctococop_2006/04-60074_ebook-e.pdf.

bles⁵. Estados Unidos se desviaba de la propuesta en la dotación de contenido y presentaba una versión dirigida a combatir la trata de personas en general defendiendo, en todo caso, que mujeres y niños estaban expuestos a una especial vulnerabilidad⁶. En marzo del mismo año, la gran mayoría de los países presentes expresaba su preferencia en dirigirse al tipo más inclusivo de la trata de seres humanos, aunque dedicando una especial atención a la protección de mujeres y niños⁷.

El producto de las negociaciones del Protocolo de Palermo fue la llegada a un consenso sin precedente en cuanto a qué debía entenderse por trata de seres humanos. En virtud del nuevo concepto que se venía de acordar, la trata de personas se configuraba en la combinación de tres elementos, a saber, una acción, un medio comisivo susceptible de viciar el consentimiento de la víctima —no necesario en el caso de los menores de dieciocho años— y un fin consistente en la intención de explotar a la persona. Los términos generales se consagraron en el art. 3 del instrumento en el siguiente tenor:

«Por “trata de personas” se entenderá 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 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. Esa explotación incluirá, 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».

Esta nueva definición del delito supuso la toma de una novedosa dirección en su represión. Entre otras cosas, como resultado de los avances que allí se introdujeron, la trata de personas que en la actualidad se busca combatir puede dirigirse a explotar a cualquier persona y en una pluralidad de formas, rompiendo con la tónica de su evolución histórica donde solo se consideraba a la trata cuando estuviese vinculada con la prostitución y recayese —con alguna salvedad sin un mayor reflejo práctico— en mujeres y niñas. Así las cosas, con el Protocolo de Palermo se consagraba *de jure* una definición de la trata neutral en cuanto al género que eliminaba las referencias exclusivas a mujeres y niñas como únicas víctimas potenciales y a la explotación en la prostitución como única finalidad posible. Como resultado, en derecho, la identificación de un caso de trata dependerá de la concurrencia de sus elementos constitutivos con independencia de quién sea la víctima y en qué ámbito se pretenda explotarla.

⁵ Véase *ad hoc* COMMITTEE ON THE ELABORATION OF A CONVENTION AGAINST TRANSNATIONAL ORGANIZED CRIME, *Draft elements for an agreement on the prevention, suppression and punishment of international trafficking in women and children, supplementary to the Convention against Transnational Organized Crime: submitted by Argentina*, First session, Viena, 19-29 de enero de 1999, UN Doc. A/AC.254/8.

⁶ Véase *ad hoc* COMMITTEE ON THE ELABORATION OF A CONVENTION AGAINST TRANSNATIONAL ORGANIZED CRIME, *Draft Protocol to Combat International Trafficking in Women and Children Supplementary to the United Nations Convention on Transnational Organized Crime. Proposal Submitted by the United States of America*, First session, Viena, 19-29 de enero de 1999, UN Doc. A/AC.254/4/Add.3.

⁷ UNODC, *op. cit.*, nota 4, p. 322.

Estas características de la trata presentadas en Palermo se han consolidado en el tiempo a través de su asunción en otros instrumentos internacionales que, además, han dado paso a la perspectiva de derechos humanos de este delito. Así, la trata que desde allí se previene, se persigue y cuyas víctimas se protegen es la misma cuya prohibición se propugna desde el art. 4 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos⁸ (CEDH) a través de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH o Tribunal de Estrasburgo); desde el articulado del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos del año 2005⁹ (en adelante, Convenio contra la Trata); desde el ámbito de la Unión Europea a través de la Directiva 2011/36/UE de lucha contra la trata de seres humanos¹⁰ (en adelante, Directiva 2011/36/UE), y desde el art. 6 de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer¹¹ (CEDAW) a través de la labor de su Comité de vigilancia de la actividad de los Estados. Sin embargo, a pesar del acuerdo que reina en el derecho, la cuestión no siempre se ha presentado completamente resuelta *de facto*.

3. LA POSTURA DE JURE VS. LA POSTURA DE FACTO EN LA LUCHA CONTRA LA TRATA DE SERES HUMANOS

En el combate actual contra la trata de personas, la magnitud de la influencia de la anterior visión, donde esta era trata de mujeres y niñas vinculada a la prostitución, es innegable. Este enfoque sigue presente hasta hoy en la práctica, donde no siempre parece asumirse la multiplicidad de sujetos pasivos y de tipos de explotación a los que el delito es susceptible de dirigirse tras su última configuración. Su reflejo es la tensión entre dos colosos. De un lado, persiste un entendimiento generalizado de que la trata es exclusivamente —o casi en exclusiva— trata de mujeres dirigida a la explotación sexual y, particularmente, en la prostitución y, de otro lado, existe una trata dirigida a una pluralidad de actividades de explotación y de perfiles de víctimas invisibles como consecuencia, en gran medida, de la vehemencia puesta en combatir y dar visibilidad a la manifestación anterior.

La pervivencia de aquella posición histórica se nutre del reconocimiento de una perspectiva de la trata como una forma de violencia contra la mujer basada en el género preexistente al Protocolo de Palermo¹². Por ella, se

⁸ *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Council of Europe, ETS No.005, Roma, 4 de noviembre de 1950, entry into force, 3 de septiembre de 1953.

⁹ *Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings*, CETS No. 197, Warsaw, 16 de mayo de 2005, entry into force, 1 de febrero de 2008.

¹⁰ 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*, OJ L 101, 15 de abril de 2011, pp. 1-11.

¹¹ *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, Nueva York, 18 de diciembre de 1979, entry into force, 3 de septiembre de 1981, United Nations, Treaty Series, vol. 1249, p. 13.

¹² Son diversas las fuentes en las que encontrar declaraciones afirmando que la trata es un tipo de violencia contra la mujer basada en el género y este reconocimiento antecede en origen a la conclusión

acepta que hay determinadas manifestaciones de la trata que constituyen un modo de violencia dirigida hacia la mujer por el hecho de ser mujer o que, por ello, les afecta desproporcionadamente¹³. Específicamente se declara que la trata de mujeres dirigida a la explotación sexual, aunque no exclusivamente¹⁴, es un tipo de violencia contra la mujer basada en el género y que, como tal, es incompatible con el disfrute igualitario de los derechos por parte de las mujeres, así como con el respeto a sus derechos y a su dignidad, todo lo cual conlleva que la violencia contra la mujer sea una forma de discriminación¹⁵. Este tipo de violencia vendría dada como manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres que han llevado a la dominación y a la discriminación de la mujer por parte del hombre¹⁶. Como consecuencia, en ninguna sociedad las mujeres se encontrarían bajo las mismas condiciones de seguridad o de trato que los hombres¹⁷. Sabiéndose que esto es así, y que el origen de ciertos tipos de trata que afectan a la mujer posee un marcado factor de género, el combate de la trata, para ser eficaz, deberá en todo caso combatir de forma específica esta perspectiva de género.

La cuestión que se encuentra en la base de la controversia que aquí se plantea no tiene tanto que ver con la realidad de que determinadas manifestaciones de la trata que recaen sobre la mujer constituyen una forma de violencia de género —la cual indudablemente es así y, desafortunadamente, como tal, no recibe siempre una respuesta adecuada del Estado—¹⁸, sino con la lectura y publicidad que en algunos foros se da a *las cifras* relativas a sus

del Protocolo de Palermo, *e. g.*, en la Declaración y Programa de Acción de Viena [WORLD CONFERENCE ON HUMAN RIGHTS, *Report of the World Conference on Human Rights, Report of the Secretary-General*, Vienna, 13 de octubre de 1993, p. 25, párr. 18 (UN Doc. A/CONF.157/24 (Part I))]; en la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing [*Report of the Fourth World Conference on Women*, Beijing, 4-15 de septiembre de 1995, párr. 99 (UN Doc. A/CONF.177/20/Rev.1)]; y se mantiene consolidado tras su conclusión. Véase, *e. g.*, el Informe sobre el «Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer» (NACIONES UNIDAS. ASAMBLEA GENERAL, *In-depth study on all forms of violence against women, Report of the Secretary-General*, 2006, párr. 135 [UN Doc. A/61/122/Add.1]).

¹³ COMITÉ CEDAW, *Recomendación General No. 19, La violencia contra la mujer*, 11 periodo de sesiones, 1992, en *International Human Rights, Volume II, Compilation of General Comments and General Recommendations adopted by Human Rights Treaty Bodies*, párr. 6 (UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.9, vol. II).

¹⁴ Los estudios sobre la dimensión de género en la trata de seres humanos señalan que hay numerosas manifestaciones de la trata con una fuerte dimensión de género. En ellos junto a la trata con fines de explotación sexual se destacan otras, tales como la destinada a la explotación en el trabajo doméstico o para matrimonio forzado (véase WALBY, S. *et al.*, *Study on the gender dimension of trafficking in Human Beings - Final Report*, Luxemburgo, Publications Office of the European Union, 2016, p. 181, http://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/study_on_the_gender_dimension_of_trafficking_in_human_beings_final_report.pdf).

¹⁵ COMITÉ CEDAW, *op. cit.*, nota 13, párrs. 1 y 14.

¹⁶ *Declaration on the Elimination of Violence against Women*, General Assembly United Nations, Forty-eighth session, 23 de febrero de 1994, UN Doc. A/RES/48/104, p. 2.

¹⁷ UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, *Human Development Report 1994*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1994, p. 31, http://hdr.undp.org/sites/default/files/reports/255/hdr_1994_en_complete_nostats.pdf.

¹⁸ En su profundo análisis sobre la actuación de España ante su obligación de debida diligencia en violencia de género, Ana Manero Salvador concluye con que: «La violencia contra la mujer es, probablemente, uno de los agujeros negros más importantes en relación al cumplimiento de los derechos

víctimas. Sobre esto, habitualmente la lucha contra la trata viene acompañada del mensaje de que, es porque el mayor número de víctimas identificadas es de género femenino que, entonces, este sería un fenómeno determinado por el género¹⁹. Sin embargo, mantener de manera tajante la veracidad de esta afirmación no estaría exento de controversia. Así, tanto la doctrina²⁰ como quienes tienen una visión global de las cifras y otros involucrados en promover su lucha enfocándola como forma de violencia contra la mujer²¹, muestran que los números reales sobre la trata se desconocen²² y que, por tanto, no existe una base sólida para identificar casi en exclusiva a la trata con trata de mujeres y, principalmente, dirigida a fines de explotación sexual.

Esta lectura de las cifras sobre la trata de seres humanos que lleva a identificar al delito con su manifestación concreta de la trata de mujeres dirigida, principalmente, a fines de explotación sexual trae consecuencias sobre sus otras víctimas. A este respecto, se ha detectado sobre el terreno el problema de la invisibilidad generalizada de los hombres y niños víctimas de trata y, de forma particularmente alarmante, cuando la trata tiene por finalidad determinados tipos de explotación como la explotación sexual. La escasa consi-

humanos en nuestro país» (MANERO SALVADOR, A., «España ante la debida diligencia en violencia de género», *Anuario Español de Derecho Internacional*, 2019, núm. 35, pp. 591-616).

¹⁹ Por ejemplo, en febrero del 2016 la Europol publicó un informe sobre la situación de la trata de seres humanos en Europa en el que afirma que la trata con fines de explotación sexual es la forma de trata más identificada en la Unión Europea. El mayor número de víctimas detectadas sería de sexo femenino y es por ello que concluye afirmando que este es un fenómeno determinado por el género (EUROPOL, *Situation Report. Trafficking in human beings in the EU*, La Haya, febrero de 2016, Document Ref No: 765175, p. 20, <https://www.europol.europa.eu/content/trafficking-human-beings-eu>).

²⁰ Por ejemplo, Amy Farrell, Jack McDevitt y Stephanie Fahy señalan la baja cantidad de víctimas identificadas y comentan que, en el caso de Estados Unidos, podría evidenciar una falta de esfuerzos suficientes por parte del gobierno para hacer cumplir las disposiciones aplicables a nivel nacional, una falta de dotación de recursos para los programas contra la trata o una coordinación insuficiente entre los diferentes agentes involucrados (FARRELL, A., MCDEVITT, J. y FAHY, S., «Where are all the victims? Understanding the determinants of official identification of human trafficking incidents», *Criminology & Public Policy*, vol. 9, 2010, núm. 2, pp. 201-233, p. 204).

²¹ NACIONES UNIDAS. ASAMBLEA GENERAL, *In-depth study on all forms of violence against women, Report of the Secretary-General*, op. cit., nota 12, párrs. 222, 229-232.

²² En el ámbito de las Naciones Unidas, el Comité CEDAW llama habitualmente a los países a examen en sus observaciones finales a colmar las lagunas existentes en cuestión de datos relativos a la trata, lo cual pone de relieve que su magnitud se desconoce. Así, por ejemplo, en las observaciones finales sobre Alemania, el Comité resaltó la ausencia de datos separados sobre las víctimas y sobre la extensión de la trata, particularmente cuando entran en juego finalidades diferentes a la explotación sexual. En el caso de Italia se concluyó con que faltaban datos suficientes sobre las víctimas de la trata desagregados por sexo, edad y nacionalidad. En el de Bután se ha recomendado la inclusión en la recolección de datos sobre la explotación de un análisis sobre los aspectos de género presentes en el reclutamiento y en la explotación de las mujeres y de las niñas. En Níger se llama a recopilar sistemáticamente datos sobre la explotación de la prostitución y la trata de mujeres y niñas incluyendo el número de investigaciones, de procesamientos, de condenas y de sentencias impuestas a los perpetradores. En casos más extremos como el de Cuba, el Estado no reconoce que en su país exista la explotación y, por ende, no habría datos que recoger, ni protección o asistencia que prestar. Véase Concluding Observations CEDAW, Alemania, 2017 (UN Doc. CEDAW/C/DEU/CO/7-8), párr. 29.a). Concluding Observations CEDAW, Italia, 2017 (UN Doc. CEDAW/C/ITA/CO/R.7), párr. 29.c). Concluding Observations CEDAW, Bután, 2016 (UN Doc. CEDAW/C/BTN/CO/8-9), párr. 21.b). Concluding Observations CEDAW, Níger, 2017 (UN Doc. CEDAW/C/NER/CO/3-4), párr. 25.f). Concluding Observations CEDAW, Cuba, 2013 (UN Doc. CEDAW/C/CUB/CO/7-8), párr. 26.

deración del perfil masculino en las investigaciones a pesar de las patentes señales de que muchos hombres se enfrentan a esta vulneración de derechos humanos ha sido motivo de alerta. En esto, se denuncia que, en situaciones equivalentes de explotación que ascienden a trata de seres humanos, es más probable que la identificación de potenciales víctimas femeninas sea favorable a que ocurra lo propio ante potenciales víctimas masculinas aunque ambas vengan enfrentadas a las mismas violaciones y abusos, lo cual vendría originado por prejuicios sobre el género²³. En tales casos se ha mantenido que existe un sesgo de género por el que se presupone que los hombres no son vulnerables a la explotación sexual, lo cual impide comprender su victimización, resaltando el caso de los hombres y niños LGBTQ²⁴. Relativo a este aspecto específico, se ha llamado la atención sobre cómo la explotación de las víctimas LGBT de trata sexual es normalmente pasada por alto y raramente divulgada por las autoridades locales y nacionales, todo lo cual dificulta que se entienda la naturaleza específica del crimen y que se conozca el número total de personas afectadas²⁵. Esta propensión a la invisibilidad de los flujos de trata masculina²⁶ ha llevado a analizar las consecuencias de mantener estrategias de supresión de la trata que fomenten tal resultado. Entre ellas, destacan la consecuente ausencia de asistencia adaptada a las especificidades del perfil de las víctimas que permanece invisible²⁷, o la escasez de datos y de consideración de tales manifestaciones de la trata, lo cual se traduce en una mayor inacción en términos de prevención del delito, protección de las víctimas y de persecución de los criminales²⁸.

De esta manera, cuando la trata de seres humanos se afronta en la práctica expandiendo su entendimiento como trata de mujeres y, mayormente, dirigida a la explotación sexual, se tiende a concentrar los esfuerzos en la lucha de esta tipología concreta y se opaca la visibilidad de las víctimas masculinas de esta manifestación de la trata y de otras finalidades de explotación.

²³ SURTEES, R., «Trafficking of men- a trend less considered. The case of Belarus and Ukraine», *IOM Migration Research Series*, 2008, núm. 36, pp. 8, 13 y 56, http://publications.iom.int/system/files/pdf/mrs_36.pdf; LEON, L. y RAW, P., «Boys Don't Cry. Improving identification and disclosure of sexual exploitation among boys and young men trafficked to the UK», *The Children's Society*, 2016, p. 9, https://www.researchgate.net/publication/299871235_Boys_Don't_Cry_Improving_identification_and_disclosure_of_sexual_exploitation_of_boys_and_young_men_trafficked_to_the_UK; ROSENBERG, R., «Trafficking of adult men in the Europe and Eurasia Region. Final Report», *USAID*, de julio de 2010, pp. v, 6, http://pdf.usaid.gov/pdf_docs/Pnaw368.pdf.

²⁴ BARRON, I. M. y FROST, C., «Men, Boys and LGBTQ: Invisible Victims of Human Trafficking», en WALKER, L., GAVIRIA, G. y GOPAL, K. (eds.), *Handbook of Sex Trafficking*, Springer, Cham, 2019, pp. 73-84.

²⁵ MARTÍNEZ, O. y KELLE, G., «Sex trafficking of LGBT individuals: A call for service provision, research, and action», *American Bar Association journal*, vol. 42, 2013, núm. 4, pp. 21-24.

²⁶ Se han identificado flujos de trata masculina —tanto con origen y con destino en Europa como fuera de ella— dirigidos a ser explotados en diferentes finalidades tales como el trabajo forzoso en la industria de la construcción, en la agricultura, en trabajos en fábrica y en la pesca, así como en mendicidad, delinquiendo y en la explotación sexual (SURTEES, R., *op. cit.*, nota 23, p. 10; ROSENBERG, R., *op. cit.*, nota 23, p. vi, y SURTEES, R., *In African waters. The trafficking of Cambodian fishers in South Africa*, Ginebra-Washington, International Organization for Migration. Nexus Institute, 2014, http://publications.iom.int/system/files/pdf/nexus_africanwaters_web.pdf).

²⁷ SURTEES, R., *op. cit.*, nota 26, p. 31.

²⁸ *Ibid.*, nota 23, pp. 11 y 12, y ROSENBERG, R., *op. cit.*, nota 23, p. viii.

En efecto, el efecto colateral de seguir tal visión estrecha es que el abordaje de la trata carece de la amplitud requerida para detectar a otros tipos de potenciales víctimas. Subrayando esta cuestión, se alerta de que los procesos de detección de víctimas potenciales se concentran en los «tipos conocidos», generándose que los mayores esfuerzos vayan dirigidos a la identificación de casos de trata que tienen por víctimas a mujeres explotadas sexualmente y a niños en prostitución y mendicidad, reforzando la idea de que las víctimas son mujeres y niños²⁹. En este mismo orden de cosas, se revela la existencia de casos en los que las autoridades incluso desconocían que los hombres también podían ser víctimas de trata³⁰.

Este desnivel en la identificación de las víctimas potenciales pone de relieve la imposibilidad de hablar de cifras concluyentes susceptibles de proporcionar una visión certera de las tendencias de la trata. Justamente en este sentido, Kristiina Kangaspunta ha puesto de relieve la dificultad de medir el número de personas tratadas debido a que las víctimas asistidas representan tan solo una porción de la cifra total de víctimas y que, en todo caso, esto es algo común en la cuestión de la recolección de datos sobre cuestiones criminales donde no es posible hablar de cifras³¹. Apuntando en esta misma dirección, Amy Farrell, Jack McDevitt y Stephanie Fahy han resaltado que debido a la clandestinidad del fenómeno de la trata de personas es particularmente difícil su medición³², todo lo cual da muestra de que predomina una visión sesgada del fenómeno.

Con todo esto, la realidad *de hecho* es que la práctica de aquellos Estados que concentran mayormente sus esfuerzos en prevenir y perseguir la trata de mujeres en la prostitución y proteger a sus víctimas contribuye a extirpar al resto de personas tratadas del contorno perceptible de la trata, lo cual no guarda sintonía con el consenso internacional del que forman parte y en virtud del cual este es un delito susceptible de dirigirse contra todas las personas y en una pluralidad de formas de explotación.

4. LA POSTURA *DE JURE* VS. LA POSTURA *DE FACTO* EN EL CASO ESPAÑOL

El camino recorrido por el combate de la trata de seres humanos en España ejemplifica la posible divergencia entre la situación de hecho y de derecho de la lucha contra este delito. En concreto, en el año 2010, el país proscribió en su ordenamiento jurídico la trata de seres humanos siguiendo, en general, la estela marcada inicialmente por el Protocolo de Palermo³³. Por tanto, *de*

²⁹ ROSENBERG, R., *op. cit.*, nota 23, p. 6.

³⁰ SURTEES, R., *op. cit.*, nota 23, p. 19, y ROSENBERG, R., *op. cit.*, nota 23, p. v.

³¹ KANGASPUNTA, K., «Measuring the Immeasurable: Can the severity of human trafficking be ranked?», *Criminology & Public Policy*, vol. 9, 2010, núm. 2, pp. 157-265, esp. pp. 257, 260 y 262.

³² FARRELL, A., MCDEVITT, J. y FAHY, S., *op. cit.*, nota 20, p. 203.

³³ El art. 177 bis «De la trata de seres humanos» del Título VII bis del Libro II del Código Penal español fue introducido por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modificó la Ley Orgá-

jure, se penaliza la conducta con independencia del sexo de la víctima incluyendo, asimismo, multiplicidad de finalidades en las que aquella es susceptible de ser explotada. Sin embargo, *de facto*, el desarrollo de la práctica del Estado muestra que la visión imperante en las medidas adoptadas para la erradicación de la trata dista de seguir los estándares relativos a su configuración exigidos desde el ordenamiento jurídico internacional.

Para llegar a esta conclusión no se requiere más que echar un vistazo a la progresión de la respuesta articulada por España para suprimir la trata de personas. Así, por ejemplo, en tiempos contemporáneos a la consagración normativa del delito en el ordenamiento jurídico nacional en consonancia con los estándares internacionales, se elaboró el Plan Integral de Lucha contra la Trata de Seres Humanos con fines de Explotación Sexual 2009-2012 (en adelante, Plan Integral 2009-2012)³⁴. Allí se declaraba que «[l]a trata de seres humanos con fines de explotación sexual, especialmente de mujeres y de niñas —sus principales víctimas—» constituía «una de las vertientes más crueles de este ilícito comercio» por lo que se presentaba el Plan Integral 2009-2012 como «el primer instrumento de planificación, de carácter integral, en la Lucha contra la Trata de Seres Humanos con fines de Explotación Sexual en España» concebido para abordar «el fenómeno de la explotación sexual, con especial incidencia en mujeres y niñas». En línea con esta visión sobre cuál era la trata que debía ser combatida, en la presentación de sus objetivos solo se hacía referencia a uno de los posibles tipos de explotación a los que el delito era susceptible de dirigirse y, así, se decía que su propósito era «[s]ensibilizar a la sociedad para promover reacciones de “tolerancia cero” contra los actos delictivos relacionados con la trata de seres humanos

nica 10/1995, de 23 de noviembre. A día de hoy, el delito sigue los mandatos del Protocolo de Palermo. El tenor de sus tres primeros apartados reza:

«1. Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la capture, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades siguientes:

a) La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad.

b) La explotación sexual, incluyendo la pornografía.

c) La explotación para realizar actividades delictivas.

d) La extracción de sus órganos corporales.

e) La celebración de matrimonios forzados.

Existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso.

2. Aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior, se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones indicadas en el apartado anterior cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación.

3. El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado primero de este artículo».

³⁴ GOBIERNO DE ESPAÑA, *Plan Integral de Lucha contra la Trata de Seres Humanos con fines de Explotación Sexual 2009-2012*, Madrid, 2008, <https://www.inmujer.gob.es/areasTematicas/multiDiscriminacion/mujeresVuln/docs/plan.pdf>.

con fines de explotación sexual» o «[l]uchar decididamente contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual y contra la activa intervención en el fenómeno de traficantes [*sic*]³⁵ y proxenetas»³⁶. A finales del año 2013, siguiendo la misma línea, se impulsaba en el Congreso de los Diputados la creación de la Subcomisión para el análisis y estudio de la trata de seres humanos con fines de explotación sexual con el objetivo de analizar el grado de cumplimiento del Plan Integral 2009-2012 y la situación de la trata con fines de explotación sexual en España buscando, con ello, mejorar las políticas dirigidas a luchar contra ella y proteger a sus víctimas³⁷. En esta época se presentó también la Estrategia Nacional para la erradicación de la violencia contra la mujer proponiendo un plan de acción relativo a la actuación de los poderes públicos para el periodo 2013-2016 con la finalidad de acabar con la violencia ejercida sobre las mujeres por el mero hecho de serlo. En consonancia con la visión nacional del combate de la trata, en el listado de medidas incorporadas para lograr aquel objetivo se hacía hincapié en la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual, incluyendo cuestiones como la aprobación de un instrumento integral contra ella, o la detección de víctimas y su prevención en el ámbito del turismo³⁸.

Así visto, es evidente que la trata de seres humanos combatida en la práctica española durante los primeros años transcurridos tras su incorporación en el ordenamiento jurídico nacional ha sido una trata muy específica. Atención e intención han estado puestas en la trata dirigida a la explotación sexual, particularmente en la prostitución, entendiéndose que afecta a las mujeres por el hecho de serlo y que, por ello, constituye una forma de violencia contra la mujer, sin proponerse, con similar ahínco, la erradicación de otras manifestaciones del delito dirigidas a diferentes tipos de explotación o a otro perfil de víctima en aquel tipo de explotación.

Unos años después de la finalización del Plan Integral 2009-2012, vio la luz un segundo Plan Integral de lucha contra la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual elaborado para cubrir el periodo comprendido entre los años 2015-2018 (en adelante, Plan Integral 2015-2018)³⁹. Este plan se anunciaba como portador de la intención de satisfacer los compromisos

³⁵ Error habitual —prácticamente superado en la actualidad— por el cual se confunde al tráfico de personas y a la trata de personas. La expresión adecuada aquí sería «tratantes».

³⁶ GOBIERNO DE ESPAÑA, *op. cit.*, nota 34, pp. 3 y 11-13.

³⁷ Véase, por ejemplo, en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, Serie D, núm. 700, de 9 de julio de 2015, pp. 32-93.

³⁸ GOBIERNO DE ESPAÑA. MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD. SECRETARÍA DE ESTADO DE SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD. DELEGACIÓN DEL GOBIERNO PARA LA VIOLENCIA DE GÉNERO, *Estrategia nacional para la erradicación de la violencia contra la mujer (2013-2016)*, Madrid, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2013, pp. 136-138, medidas 179, 183, 191, <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/planActuacion/estrategiaNacional/docs/EstrategiaNacionalCastellano.pdf>.

³⁹ GOBIERNO DE ESPAÑA. MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD. SECRETARÍA DE ESTADO DE SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD. DELEGACIÓN DEL GOBIERNO PARA LA VIOLENCIA DE GÉNERO, *Plan Integral de lucha contra la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual 2015-2018*, Madrid, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2015, https://violenciagenero.igualdad.gob.es/planActuacion/planContraExplotacionSexual/docs/Plan_Integral_Trata_18_Septiembre2015_2018.pdf.

asumidos por España desde la ratificación del Protocolo de Palermo. No obstante, a pesar de que tal alentadora declaración supondría la puesta en marcha de un sistema de medidas contra la trata que pusiera el foco en todos los potenciales tipos de víctimas y de finalidades de explotación, el Plan Integral 2015-2018 se centraba, nuevamente, en la trata dirigida a la explotación sexual y de mujeres como una forma de violencia contra la mujer. Al respecto, justificando el enfoque restrictivo que adoptaba, diría que el delito «afecta de manera desproporcionada a mujeres y niñas, y que estas suelen ser sometidas a las formas de trata más graves (trata con fines de explotación sexual), lo que se produce como consecuencia de su mayor vulnerabilidad» siendo por ello —sigue— que «resulta imprescindible abordar la demanda de servicios sexuales, concienciando a la población sobre su incidencia en la explotación de las mujeres y en la trata de mujeres y niñas, y por ende, adoptando medidas tendentes a su reducción». Acorde con esta visión por la cual la trata —la única trata, en apariencia— que había que combatir sería la trata de mujeres y niñas en la explotación sexual, las medidas propuestas en el instrumento para guiar la actuación española fueron concebidas bajo este prisma específico. De esta manera, aunque el contenido del plan propuesto pudiese ser eficiente para progresar en la erradicación de aquella trata, sin embargo, debido a su especificidad, difícilmente se podrían beneficiar de ellas otras manifestaciones del delito que requerían ser atendidas. Así, entre otras medidas del mismo corte, tal circunstancia se aprecia en el área de la prevención del delito donde se propuso desincentivar la demanda de la prostitución de mujeres y niñas, eliminar las imágenes estereotipadas y sexistas de la mujer y ayudar a la negación del sentimiento de superioridad de género; o donde la concienciación y formación de profesionales y entidades públicas y privadas, incluyendo a aquellos susceptibles de detectar a potenciales víctimas, solo fue prevista en relación a la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual. La lista sigue, y lo mismo es predicable del resto de maniobras propuestas, tales como las relativas a los servicios de atención o protección a las víctimas —esto es, mujeres y niñas víctimas de trata con fines de explotación sexual— o las destinadas a estudiar el delito para elaborar una respuesta eficaz, donde solo se previó el análisis de la magnitud, de los perfiles de las víctimas, del *modus operandi* y de los grupos criminales en relación a la trata con fines de explotación sexual de mujeres y niñas⁴⁰. Evidentemente, el resultado de la puesta en funcionamiento de una estrategia estatal de erradicación de la trata tan limitada es un combate ineficaz por cuanto deja fuera de su perímetro de visión a cualquiera de sus otras múltiples realidades susceptibles de ocurrir.

En añadidura, cuando se atiende a otra pluralidad de avances realizados en la práctica no se consigue ofrecer una imagen mucho más alentadora. Protocolos, estrategias y otros instrumentos concebidos de lucha contra la trata de personas desde distintas comunidades autónomas o regiones siguen

⁴⁰ *Ibid.*, pp. 4, 9, 11 y 57-73.

de manera abrumadora el patrón marcado a nivel estatal⁴¹, y lo mismo puede predicarse de la generalidad de las organizaciones de la sociedad civil que luchan contra esta violación de los derechos humanos, las cuales, hasta la fecha, se centran en el global de su trabajo en mujeres víctimas⁴².

Desafortunadamente, este tipo de estrategias estrechas de combate de la trata traen efectos indeseados en tanto que, tal y como se señaló *ut supra*, contribuyen a la invisibilidad de determinados tipos de víctimas y de determinados tipos de explotación asociados a la trata, de manera que en tales casos ni el delito se previene, ni se protege a las víctimas, ni se persigue a los tratantes. Pero, además, las repercusiones de este enfoque van más allá y es que, en efecto, se ha señalado que promover una estrategia de lucha contra la trata en la que esta se conciba casi con rotundidad como trata con fines de explotación sexual es susceptible de traer, a su vez, consecuencias negativas sobre las víctimas finalmente identificadas. Sobre esto, Dana Marion ha destacado lo perjudicial que son las políticas que fomentan la tendencia a perci-

⁴¹ Varios se pueden destacar a este respecto. Por ejemplo, la *Estrategia Madrileña contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual* para el periodo 2016-2021, la cual se presentó declarando que luchar contra la violencia de género es un objetivo prioritario del Gobierno de la Comunidad de Madrid y que la Estrategia propuesta recoge actuaciones dirigidas a combatir a la trata de mujeres para su explotación sexual (COMUNIDAD DE MADRID. CONSEJERÍA DE POLÍTICAS SOCIALES Y FAMILIA. DIRECCIÓN GENERAL DE LA MUJER, *Estrategia Madrileña contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual 2016-2021*, Madrid, Dirección General de la Mujer, 2016, <http://www.madrid.org/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=filename%3DEstrategia+Madrile%C3%B1a+contra+la+Trata.pdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1352911229759&ssbinary=true>). Asimismo, el *Plan Autonómico para la lucha contra la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual y el abordaje de la prostitución en las Islas Baleares (2019-2022)* presenta un plan de actuación para combatir exclusivamente esta manifestación de la trata [GOBIERNO DE ESPAÑA. MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, RELACIONES CON LAS CORTES E IGUALDAD. GOIB CONSELLERIA PRESIDENCIA. INSTITUT BALEAR DE LA DONA, *Plan Autonómico para la lucha contra la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual y el abordaje de la prostitución en las Islas Baleares (2019-2022)*, Institut Balear de la Dona, 2019, <http://www.caib.es/govern/rest/arxiu/3839258>]. En la misma línea se han elaborado otros, donde su nomenclatura no deja duda a cuál es el enfoque seguido en su contenido. Véase, por ejemplo, el *Protocolo de intervención con víctimas de trata para la explotación sexual en la ciudad de Valencia* del año 2017 (AJUNTAMENT DE VALÈNCIA. REGIDORIA D'IGUALTAT I POLÍTQUES INCLUSIVE, *Protocolo de Intervención con víctimas de trata para la explotación sexual en la ciudad de Valencia*, Valencia, 2017, [https://www.valencia.es/mujer/mujer.nsf/0/743FBF136CF90117C12581AF0044BDA4/\\$FILE/Protocolo%20castellano.pdf?OpenElement&lang=1](https://www.valencia.es/mujer/mujer.nsf/0/743FBF136CF90117C12581AF0044BDA4/$FILE/Protocolo%20castellano.pdf?OpenElement&lang=1)); o el *Protocolo de coordinación y actuación con mujeres y niñas víctimas de trata con fines de explotación sexual de Navarra* del 2016 (GOBIERNO DE NAVARRA. DEPARTAMENTO DE RELACIONES CIUDADANAS E INSTITUCIONALES, *Protocolo de coordinación y actuación con mujeres y niñas víctimas de trata con fines de explotación sexual*, Navarra, 2016, <http://www.itxaropengune.org/wp-content/uploads/2016/12/Protocolo-trata-1-5.pdf>); el *Protocolo de Extremadura contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual* del 2015 (GOBIERNO DE EXTREMADURA, *Protocolo de Extremadura contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual*, 2015, <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/otrasFormas/trata/queHacer/protocolo/pdf/ProtocoloExtremadura.pdf>); o el *Protocolo de actuación institucional sobre adopción de medidas de prevención, investigación e tratamiento ás mulleres vítimas de trata con fins de explotación sexual* de Galicia del 2012 (FISCALÍA SUPERIOR DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA. XUNTA DE GALICIA, *Protocolo de actuación institucional sobre adopción de medidas de prevención, investigación e tratamento ás mulleres vítimas de trata con fins de explotación sexual*, 2012, https://www.bienestaryproteccioninfantil.es/imagenes/tablaContenidos03SubSec/ProtocoloGalicia_Mujeres_Victimas_Trata.pdf).

⁴² Por ejemplo, de entre las organizaciones no gubernamentales principales en este campo en España, el Proyecto Esperanza, APRAMP, Cáritas, Fundación Amaranta, la Casita - Hermanas Oblatas o Cruz Blanca entre otras, se centran todas en mujeres víctimas de trata.

bir a la trata de personas como dirigida a la explotación sexual puesto que las víctimas provenientes de determinados ámbitos sociales son estigmatizadas como prostitutas y padecen problemas para reintegrarse a una vida normal⁴³.

Siendo esto así, es lo propio poner de relieve el hecho de que la perspectiva desde la cual se ha venido abordando el combate de la trata en España parece estar lejos de poder considerarse como una rémora del pasado. Efectivamente, a finales del 2017 se aprobó el Pacto de Estado en Materia de Violencia de Género con los acuerdos alcanzados entre el Gobierno, Administraciones autonómicas y locales, entidades y organismos. En este documento se incluyen medidas a cumplir e implementar durante los siguientes cinco años para erradicar diferentes formas de violencia de género y, entre ellas, la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual. Entre los preceptos dispuestos a tal fin, se prevé impulsar la aprobación de una ley orgánica de lucha integral y multidisciplinar contra esta trata específica donde tal manifestación será el blanco de sus disposiciones sobre prevención, persecución del delito, programas de protección y recuperación de las víctimas. El resto de medidas sigue el mismo talante y cuestiones como la intensificación y el aumento de los fondos en el área de la cooperación internacional se proponen para afrontar en concreto la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual y, otras, como las respuestas operativas a implementar en las actuaciones policiales, se prevén para facilitar en exclusiva la intervención en espacios controlados por proxenetas⁴⁴.

La exposición habla por sí misma y su cariz no ha pasado inadvertido en el plano internacional, donde esta visión sesgada de la supresión de la trata se considera como una mala práctica a erradicar. De hecho, el Grupo de Expertos sobre la lucha contra la trata de seres humanos (GRETA) llamó a España en el año 2013, con ocasión del monitoreo de la implementación del Convenio contra la trata, a atender las necesidades de los hombres víctimas de trata con fines de explotación sexual y de hombres, mujeres y niños víctimas explotados en otras finalidades. A pesar de tal alerta la situación persiste y, tras un lustro, el GRETA ha resaltado que las cifras en España no reflejan la escala real del fenómeno de la trata debido a la ausencia de una aproximación comprensiva para detectar y combatir todas sus formas y que es el continuo foco sobre la trata dirigida a la explotación sexual, lo que lleva a que se considere que la gran mayoría de las víctimas son mujeres y niñas tratadas con tal fin. La conclusión se impone y así lo enfatiza el organismo internacional, a saber, la estrategia nacional española de lucha contra la trata de personas, además de tener en cuenta la dimensión de género del

⁴³ DANA, M. L., «Unlocking the Roots of Stigma Towards Victims of Trafficking in Albania», *Capstone Collection*, 2012, núm. 2491, pp. 1, 10 y 12, <http://digitalcollections.sit.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3522&context=capstones>.

⁴⁴ GOBIERNO DE ESPAÑA. MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, RELACIONES CON LAS CORTES E IGUALDAD. SECRETARÍA DE ESTADO DE IGUALDAD. DELEGACIÓN DEL GOBIERNO PARA LA VIOLENCIA DE GÉNERO, *Documento refundido de medidas del Pacto de Estado en materia de Violencia de Género. Congreso + Senado*, Madrid, 2019, pp. 5, 9 y 45-46, medidas núms. 257, 260, 261 y 264, https://violenciagero.igualdad.gob.es/pacto_estado/docs/Documento_Refundido_PEVG_2.pdf.

delito, ha de abarcar a todas las víctimas y a todos los tipos de explotación. Esta inacción del enfoque español en todo aquello que no sea trata sexual de mujeres es responsable de notables deficiencias en la prevención del delito. Es por ello que el GRETA ha urgido a España a aumentar la concienciación y a desincentivar la demanda de servicios de otros fines de explotación distintos a la sexual, tales como el matrimonio forzoso, la mendicidad forzada, la explotación en actividades criminales, la extracción de órganos o el trabajo forzoso. En esto, subraya la alarmante pervivencia de la inactividad estatal a pesar de la existencia de informes sobre presuntos casos de trata con fines de explotación laboral en la agricultura, en la construcción, el trabajo doméstico y la producción de zapatos, y sobre casos de presuntas víctimas de trata para la explotación en actividades criminales como el cultivo de cannabis o correos de droga. Poniendo un énfasis particular sobre el trabajo forzoso, el grupo de expertos destaca la ausencia de campañas a pesar de que factores de riesgo apuntan a su necesaria prevención como, por ejemplo, la alta tasa de desempleo, la economía sumergida, y la existencia de un sector agrícola y de trabajo doméstico y de cuidados de peso en los que se emplean muchos trabajadores migrantes⁴⁵.

Esto se advirtió desde un principio, a saber, los estándares consagrados en el orden internacional no han permeado siempre de manera correcta al nivel nacional trayendo como resultado una estrategia española de lucha contra la trata que desoye los mandatos internacionales en la materia. Sin duda, esto justifica la pertinencia de profundizar en si España está actuando diligentemente para suprimir la trata o si, por el contrario, su estrategia es susceptible de generar responsabilidad internacional del Estado.

5. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO Y LA POSTURA *DE FACTO* EN EL COMBATE ESPAÑOL CONTRA LA TRATA

Es bien sabido que, en virtud del Derecho internacional de los derechos humanos, los Estados no son solo responsables de las violaciones de derechos humanos que les son directamente imputables, sino que también pueden serlo por actos privados cuando no actúen con la diligencia debida para impedir la violación de derechos o responder tal y como es requerido⁴⁶.

⁴⁵ GRETA, *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Spain. First evaluation round*, Council of Europe, Estrasburgo, 2013, p. 7 y párr. 186, <https://rm.coe.int/greta-2013-16-fgr-esp-public-en/168071c836>; GRETA, *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Spain. Second evaluation round*, Council of Europe, Estrasburgo, 2018, párrs. 16, 17, 80, 81, 100 y 120, <https://rm.coe.int/greta-2018-7-fgr-esp-en/16808b51e0>.

⁴⁶ Entre otros, véanse, por ejemplo, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Velásquez Rodríguez c. Honduras*, Sentencia de 29 de julio de 1988 (Fondo), párr. 172; COMITÉ CEDAW, *op. cit.*, nota 13, párr. 9; o la Recomendación general núm. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general núm. 19, 26 de julio de 2017, CEDAW/C/GC/35, p. 10.

Centrando la cuestión sobre la relación entre debida diligencia y trata de personas, es pertinente recordar que las obligaciones internacionales asumidas por España en materia de trata de seres humanos derivadas del Protocolo de Palermo, del Convenio contra la trata y de la Directiva 2011/36/UE, requieren que el Estado proteja a las víctimas y prevea, investigue y penalice el delito cuando sea cometido por cualesquiera personas, grupos delictivos organizados o personas jurídicas. Acorde con ello, el Estado puede ser considerado responsable por actos privados si no adopta al respecto medidas apropiadas con la diligencia debida. Sobre esta cuestión, la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños de las Naciones Unidas, la Sra. María Grazia Giammarinaro, ha señalado que el cumplimiento por los Estados de sus obligaciones de diligencia debida reviste una importancia crítica para garantizar los derechos de las personas tratadas habida cuenta de que esta violación de derechos humanos es cometida con mayor frecuencia por agentes no estatales y, asimismo, ha recordado que el hecho de no ejercer la diligencia debida tiene consecuencias que suponen que el Estado incurra en responsabilidad internacional que entonces le obliga a proporcionar un recurso efectivo a las víctimas⁴⁷.

En el ámbito del CEDH, el Tribunal de Estrasburgo ha ido sentando a través de su jurisprudencia el contenido de las obligaciones que en materia de trata de seres humanos conciernen a los Estados Parte. En concreto, en la substancia del art. 4 del CEDH, junto a la obligación negativa por la cual los Estados deben abstenerse de violar el derecho garantizado, el TEDH descubrió en el año 2010 una serie de obligaciones positivas implícitas en aquel precepto que les son exigibles en materia de trata de personas. Estos mandatos, identificados con ocasión de la resolución del asunto *Rantsev c. Chipre y Rusia*, se concretan en la obligación positiva de establecer un marco legislativo y administrativo adecuado para combatir la trata, en la obligación procedimental de investigar los posibles casos de trata y en la obligación positiva de adoptar medidas operativas destinadas a proteger a las víctimas actuales o potenciales de la trata⁴⁸. Las dos primeras obligaciones no cobran aquí una relevancia determinante debido a que, de un lado, en términos generales, la actividad de España con respecto a su dotación de un marco legislativo y administrativo para prohibir y castigar la trata podría considerarse adecuada siguiendo las actuales exigencias del TEDH⁴⁹; y, de otro lado, la obligación procedimental de investigar requiere analizar el nivel de diligencia con el

⁴⁷ NACIONES UNIDAS. ASAMBLEA GENERAL, *Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños*, 3 de agosto de 2015, U.N. Doc. A/70/260, p. 2.

⁴⁸ Caso *Rantsev c. Cyprus and Russia*, núm. 25965/04, párrs. 284-288, TEDH 2010.

⁴⁹ Una pluralidad de disposiciones tiene relevancia en materia de trata de seres humanos en el ordenamiento español (véase, p. ej., la recopilación contenida en https://www.policia.es/trata/marco_normativo.html) que podrían llevar a que el TEDH estimara suficiente este marco español. En este sentido, el TEDH ha determinado (véase, p. ej., el *Affaire L. E. c. Grèce*, núm. 71545/12, párrs. 70-72, TEDH 2016) que el Estado cumple con la obligación de dotarse de un marco jurídico adecuado cuando ha contado con legislación de tipo penal acorde con la definición del Protocolo de Palermo, y con legislación que prevea protección para las víctimas, y ha incorporado a su Derecho interno los instrumentos internacionales pertinentes.

que actuó la autoridad competente en un asunto específico, por lo que su cumplimiento es a determinar caso por caso. Sin embargo, una significación diferente es predicable de la tercera obligación.

Un vistazo a los requisitos de la obligación positiva de adoptar medidas operativas destinadas a proteger a las víctimas actuales o potenciales de la trata pone de relieve que esta colisiona con la postura *de facto* del combate español contra la trata. De no corregirse, tal oposición es susceptible de generar la correspondiente responsabilidad del Estado en el supuesto de que al TEDH le corresponda, con ocasión de la resolución de un caso concreto, dirimir una controversia donde deba valorar el cumplimiento de este mandato por España. Para entender dónde reside tal desencuentro, debe tenerse presente que esta obligación positiva es susceptible de generar la responsabilidad del Estado en dos ámbitos. Una de sus vertientes no es aquí significativa puesto que, en su virtud, habrá una violación del art. 4 CEDH si las autoridades estatales permanecieron inactivas y no adoptaron medidas apropiadas, siempre en el alcance de sus facultades, para sacar a una persona determinada de una situación de trata o del riesgo de ella siempre y cuando conocieran, o debieran haber conocido, el riesgo real inmediato del individuo de ser tratado⁵⁰. Junto a este deber de proteger a la persona identificada, el TEDH descubrió, con ocasión de la emblemática resolución del asunto *Chowdury y otros c. Grecia*⁵¹, que la obligación de adoptar medidas operativas contiene un mandato de prevención cuyo alcance es mucho más amplio, y este aquí sí es relevante. Desde *Chowdury*, a los Estados les corresponde la obligación de adoptar una gama de medidas para prevenir la trata de acuerdo con los estándares contenidos en el Convenio contra la trata. Esto supone que, entre otros, existe la obligación de prevenir fortaleciendo la coordinación a nivel nacional entre los distintos organismos que luchan contra la trata y desincentivando la demanda que fomenta todos los tipos de explotación⁵². Con esto, el TEDH destaca —en sintonía con el significado dado a la prevención por la Relatora de Naciones Unidas contra la trata⁵³ y por el Consejo de Europa al interpretar el Convenio contra la trata⁵⁴— que la obligación positiva que aquí incumbe a los Estados requiere que las medidas adoptadas en materia de prevención no

⁵⁰ Caso *C. N. c. The United Kingdom*, núm. 4239/08, párrs. 67, 68, TEDH 2012; Caso *Rantsev c. Cyprus and Russia*, *op. cit.*, nota 48, párrs. 286, 287, 298.

⁵¹ Para profundizar sobre la relevancia del asunto *Chowdury y otros c. Grecia*, véase TRUJILLO DEL ARCO, A., «El asunto *Chowdury y otros c. Grecia*: Nuevos avances bajo el art. 4 del CEDH en el combate contra la trata de personas y la explotación», *RGDE*, 2018, núm. 45, pp. 232-251.

⁵² Caso *Chowdury and others c. Greece*, núm. 21884/15, párr. 110, TEDH 2017.

⁵³ Concretamente, la Relatora de Naciones Unidas contra la trata ha dicho que: «Las buenas prácticas en prevención deben dirigirse a todos los tipos de trata» (NACIONES UNIDAS. ASAMBLEA GENERAL, *Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños*, *op. cit.*, p. 47, párr. 22).

⁵⁴ Véase, e. g., «*This article places a positive obligation on Parties to adopt and reinforce measures for discouraging demand whether as regards sexual exploitation or in respect of forced labour or services, slavery and practices similar to slavery, servitude and organ removal*» (COUNCIL OF EUROPE, *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings*, Council of Europe, Varsovia, 16 de mayo de 2005, párr. 108, <https://rm.coe.int/16800d3812>).

se limiten a la trata con fines de explotación sexual, abarcando otros tipos de explotación conforme a los dictados internacionales.

Sin embargo, para que la obligación de prevenir las diferentes manifestaciones de la trata genere la responsabilidad del Estado se requiere algo más que no haber prevenido. En añadidura, el Tribunal de Estrasburgo evalúa si, adicionalmente, las autoridades tienen conocimiento sobre las situaciones de riesgo de explotación, para cuya constatación le ha sido suficiente comprobar que existían informes y artículos de prensa. Una vez este conocimiento existe, añadiendo detalle a cuándo se supone que las autoridades actúan con la diligencia debida para satisfacer esta obligación, el TEDH ha resaltado que la obligación de prevenir situaciones de trata no quedará satisfecha a través de reacciones o movilizaciones esporádicas por parte de las autoridades, sino que la misma requiere que se provea una solución general y que lleve a resultados concretos⁵⁵.

Con todo lo visto, la colisión entre el contenido de la obligación positiva de prevenir situaciones de trata y la estrategia seguida en la práctica española para suprimirla se hace evidente. En su lucha *de facto*, el país se centra abrumadoramente en la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual permaneciendo mayormente inactivo ante diferentes manifestaciones del delito a pesar de que el Estado está en conocimiento de sus múltiples realidades en España. En esto, se debe mantener presente que el GRETA ha alertado expresamente a las autoridades españolas sobre esta cuestión y, en particular, respecto a la necesidad de actuar en el ámbito de la prevención en sectores concretos afectados por tipos de trata diferentes a la sexual que permanecen desatendidos en España⁵⁶. Asimismo, el organismo ha enfatizado expresamente sobre la necesidad de atender las obligaciones positivas existentes derivadas del CEDH⁵⁷ y la prensa se ha hecho eco de tal inacción estatal⁵⁸.

Esta falta de diligencia debida en la actuación de las autoridades a la hora de adoptar medidas adecuadas para prevenir situaciones de trata de personas en España es, sin duda, fundamento para identificar, cuando proceda, la responsabilidad internacional del Estado por actos privados que violen el

⁵⁵ *Ibid.*, párrs. 111 y 113-134.

⁵⁶ Véase, *ut supra*, apdo. 4.

⁵⁷ «GRETA stresses Spain's positive obligations under Article 4 of the European Convention of Human Rights to put in place adequate measures regulating businesses and other economic activity to ensure that they do not use trafficked or forced labour. In this context, GRETA refers to the European Court of Human Rights judgment in the case of *Chowdury and Others v. Greece* in which the Court found a violation of Article 4 [...] due to the failure of the Greek authorities to fulfil their positive obligations to prevent human trafficking» (GRETA, *op. cit.*, nota 45, párr. 89).

⁵⁸ Por ejemplo, en los periódicos nacionales, *El País*, con el titular: «El Consejo de Europa exige a España que vigile la explotación laboral. El organismo considera poco creíbles las bajas cifras oficiales de víctimas de trata en España» (véase https://elpais.com/politica/2018/06/20/actualidad/1529482842_804772.html); o en *Público*, bajo el titular: «Sombras y silencio sobre la situación de las mujeres trabajadoras de la fresa en Huelva. Las denuncias sobre explotación laboral y sexual de las mujeres migrantes que trabajan en la zona solo son respaldadas abiertamente por un sindicato minoritario» (véase <https://www.publico.es/sociedad/mujeres-fresa-sombras-silencio-situacion-mujeres-trabajadoras-fresa-huelva.html>).

derecho de las víctimas a vivir libre de trata. Así las cosas, y en lo que aquí ocupa, la falla de España en cumplir con tal obligación positiva bajo el art. 4 del CEDH es susceptible de desembocar, con motivo de la resolución de un caso concreto en sede del TEDH, en el reconocimiento de una violación de aquel precepto, lo cual traerá, consecuentemente, su deber de reparar a las víctimas (art. 41 CEDH).

6. CONCLUSIONES

La estrategia que España ha adoptado *de facto* para erradicar la trata de seres humanos se revela como un ambiente apropiado para la proliferación de esta violación de derechos humanos. Efectivamente, a pesar de que en derecho se busca seguir los dictados de los tratados internacionales en la materia, en los hechos el Estado se centra con ahínco en elaborar medidas para combatir la manifestación concreta de la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual —particularmente en la prostitución—, mientras que otras tipologías dirigidas a diferentes finalidades de explotación y otro perfil de víctimas permanecen desatendidas en los ámbitos de la prevención, la persecución del delito y la protección de las víctimas.

Desde luego, en la práctica española no existe una completa recepción de los estándares internacionales. La estrategia adoptada guarda más relación con un concepto tradicional de la trata —a día de hoy considerado obsoleto— que con los estándares actuales consensuados por la comunidad internacional. El resultado es que se abre una vía para imputar responsabilidad internacional al Estado por actos privados cuando no actuó con la diligencia debida en el cumplimiento de sus compromisos asumidos internacionalmente en materia de trata para responder a esta violación de derechos humanos.

A este respecto, se ha puesto de relieve cómo esta estrategia española difícilmente cumple con los requisitos de la obligación positiva de prevenir situaciones de trata que al Estado corresponde como parte en el CEDH. Las consecuencias de esto van más allá de que, con motivo de la resolución del caso concreto, el TEDH sentencie que, debido a tal falta de diligencia, España deba reparar a las víctimas. En efecto, la cuestión real que subyace y que no debe perderse de vista es que gran parte de las repercusiones de que un Estado desoiga los estándares internacionales en materia de trata de personas recaen sobre los individuos, para quienes la inactividad de aquel supone una mayor vulnerabilidad a sufrir esta violación de derechos humanos.

RESUMEN

EL COMBATE *DE FACTO* CONTRA LA TRATA DE PERSONAS EN ESPAÑA Y LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO

Desde hace dos décadas, en el ordenamiento jurídico internacional existe un sólido acuerdo sobre qué se entiende por el delito de trata de personas y sobre cómo ha de abor-

darse su perspectiva de violación de derechos humanos. Sin embargo, tales estándares no terminan de asumirse por la estrategia española contra la trata. Mientras que el ordenamiento jurídico español proscribe la trata en consonancia con el consenso internacional, su lucha llevada a cabo *de facto* parece guiarse por una concepción superada del delito que difícilmente satisface las obligaciones internacionales asumidas por el Estado. El análisis de tal disparidad es necesario puesto que la falla en actuar con la debida diligencia para impedir aquella violación de derechos humanos es susceptible de generar la responsabilidad internacional del Estado.

Palabras clave: trata de seres humanos, debida diligencia, España, responsabilidad internacional, TEDH.

ABSTRACT

THE *DE FACTO* FIGHT AGAINST HUMAN TRAFFICKING IN SPAIN AND THE INTERNATIONAL RESPONSIBILITY OF THE STATE

For two decades, there has been a strong agreement in the international legal system on what is meant by the crime of trafficking in persons and how its human rights perspective should be addressed. However, such standards are not fully taken on board by the Spanish anti-trafficking strategy. While the Spanish legal system outlaws trafficking in line with the international consensus, its *de facto* fight seems to be guided by an outdated conception of the crime that hardly satisfies the international obligations assumed by the State. The analysis of such a disparity is necessary since the failure to act with due diligence to prevent such a human rights violation is likely to generate international state responsibility.

Keywords: human trafficking, due diligence, Spain, international responsibility, ECHR.

II. FOROS

Coordinación a cargo de
Montserrat ABAD CASTELOS
(Derecho Internacional Público)
Miguel GARDEÑES SANTIAGO
(Derecho Internacional Privado)
Rafael GRASA HERNÁNDEZ
(Relaciones Internacionales)

EMPRESAS, DERECHOS HUMANOS Y LA COVID-19 *CORPORATIONS, HUMAN RIGHTS AND COVID-19*

EMPRESAS, DERECHOS HUMANOS Y LA COVID-19

Nota introductoria

Miguel GARDEÑES SANTIAGO, Rafael GRASA HERNÁNDEZ
y MONTSERRAT ABAD CASTELOS

La pandemia causada por la covid-19 supone un hito histórico, que redimensionará sin duda escenarios, actores, valores, políticas y normas. Muchos cambios (o la necesidad de ellos) se están viendo (o avizorando) en planos muy distintos, interactuando además en forma diversa. Solo a título de muestra: la ciencia y la investigación; la gestión y el liderazgo; el sistema de salud; el medio ambiente; los desafíos de la sociedad digital; o los derechos humanos... Solo en este último ámbito existen innumerables ramificaciones que atender desde la perspectiva teórica de todas las ciencias sociales y de la desafiante realidad cotidiana. Vamos a ceñirnos aquí a su relación con las empresas, desde la óptica de las Relaciones internacionales (RRII), el Derecho internacional público (DIP) y el Derecho internacional privado. Debe indicarse que la elección de este único tema transversal, común para las aproximaciones efectuadas desde las tres disciplinas, se originó a raíz de la feliz iniciativa de la Profesora Carmen Márquez, quien inicialmente propuso la asignación de un Foro de DIP a la cuestión. El Consejo de la REDI desea agradecerle aquí, no solo la idea original, sino también su generosa labor coordinadora en aspectos esenciales durante todo el proceso. Teniendo lo anterior en cuenta, veamos a continuación una descripción somera del estado de la cuestión, así como un adelanto de las contribuciones que integran esta sección.

En primer lugar, desde la perspectiva de las RRII, cabe indicar que su historia, esto es, tanto de la disciplina en sí, como de la realidad práctica, está marcada por una difuminación constante de la diferencia entre la esfera

interna de cada Estado y la transfronteriza, interestatal y transnacional. No obstante, sigue siendo necesario advertir que la analogía plena entre lo doméstico y lo internacional aún tiene que quedarse en el terreno de lo abstracto o meramente conceptual, por ser, hoy por hoy, fácticamente imposible. En efecto, la dimensión internacional sigue caracterizándose por una situación de *anarquía*, sobre todo ante la ausencia de una autoridad central, legítima, legal y aceptada por todos los Estados por encima de los Estados-nación. Pese a ello, en ese proceso de desvanecimiento creciente, pero incompleto, de la diferencia entre la esfera interna estatal y la internacional, uno de los rasgos más evidentes es la proliferación de actores (en sentido sociológico y funcional: personas, grupos sociales, instituciones, y organizaciones capaces de influir de algún modo en la conformación de la agenda internacional, así como en la toma de decisiones sobre qué regular y hacer). Se trata tanto de actores estatales (merced al proceso de descolonización en particular) como no estatales (en cuyo marco se mueven actores que, aun careciendo de competencias jurídicamente reconocidas, pueden afectar e incluso condicionar la vida de la sociedad internacional). Entre estos últimos destacan las empresas, cuyos rasgos esencialmente definitorios son su naturaleza privada y su finalidad lucrativa. Lo cierto es que desde los años sesenta del siglo pasado, las empresas transnacionales (denominadas entonces a menudo empresas multinacionales) entraron en los debates de la teoría internacional y, poco a poco, en la esfera normativa y regulativa, dado su enorme potencial económico y su papel clave en muchos conflictos armados, actividades económicas y en la vida social y política de los países. Los debates de las últimas décadas, y el papel concreto de numerosas empresas en todas las regiones del planeta, han hecho que la regulación de la actividad empresarial, bien con procedimientos vinculantes, bien con códigos de conducta y fórmulas normativas *suaves* y voluntarias, esté a la orden del día, en particular en la esfera de los derechos humanos. Un logro fundamental viene constituido por los principios rectores sobre empresas y derechos humanos elaborados por John Ruggie, académico influyente en teoría internacional, por encargo del Consejo de Derechos Humanos, que distinguen tres grandes pilares: *proteger, respetar y remediar*, poniendo el foco sucesivamente en el deber del Estado de proteger los derechos humanos, la responsabilidad de las empresas de respetarlos y el acceso de las víctimas a mecanismos de reparación. De estos principios, así como de las posibles formas para convertirlos en directrices que informen la cooperación entre actores en la esfera internacional se ocupan, de forma brillante y bien argumentada, las dos contribuciones de RRII al presente foro. De un lado, la de Cristina Churrua, tiene una proyección general. Partiendo de los principios de referencia y situando su reflexión en el contexto actual de pandemia, centra su análisis en el derecho al acceso a la salud. De otro lado, el texto de Marta Bordignon examina el caso italiano. Ambas plantean el principal reto de futuro para la gobernanza internacional, derivado de la aún incompleta analogía entre la esfera de las políticas estatales y las internacionales, la debilidad de la prestación de bienes públicos y colectivos y, por ello, el riesgo de aumentar la desigualdad.

En segundo lugar, desde el punto de vista ahora del DIP, hay que señalar que el estudio de la interacción entre empresas y derechos humanos ya contaba con una trayectoria académica investigadora consolidada en España con anterioridad a la pandemia. Cabe destacar la existencia de varias obras colectivas [por orden cronológico: *España y la implementación de los principios rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos: oportunidades y desafíos*, C. MÁRQUEZ CARRASCO (dir.), Huygens, 2014; *La implementación de los principios rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos por la Unión Europea y sus estados miembros*, M. C. MÁRQUEZ CARRASCO e I. VIVAS TESÓN (coords.), Aranzadi Thomson Reuters, 2017; *Empresas y Derechos Humanos*, C. R. FERNÁNDEZ LIESA y M. E. LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ (dirs.), Aranzadi Thomson Reuters, 2018, y *El I Plan de Acción Nacional sobre Empresas y Derechos Humanos de España. Evaluación, seguimiento y propuestas de revisión*, C. MÁRQUEZ CARRASCO (dir.), D. IGLESIAS MÁRQUEZ y F. A. DOMÍNGUEZ DÍAZ (coords.), Pamplona, Aranzadi, 2019], a través de las cuales ya se abordaron distintos aspectos relevantes. Pero, como hemos visto, la pandemia conlleva nuevos problemas, amenazas y retos a los que hacer frente, que exigen planteamientos y respuestas desde el punto de vista jurídico-internacional. De ahí que en este Foro, de una parte, los Profesores Carmen Márquez Carrasco y Daniel Iglesias Márquez tomen como objeto la conducta empresarial responsable en la denominada *nueva* normalidad. Exploran en particular las implicaciones derivadas del Pilar II de los principios rectores sobre empresas y derechos humanos, esto es, la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos. A pesar de no ser una norma jurídicamente vinculante, entraña un estándar universal de conducta, aplicable además a todas las entidades, y cuyo contenido también se encuentra integrado en las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales y en la versión revisada de la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la OIT. De otra parte, los Profesores Claire Bright, Nicolas Bueno e Irene Pietropaoli se centran en el análisis del deber del Estado de proteger la salud de los trabajadores y el empleo. Su objetivo declarado es «ofrecer una reflexión sobre el papel del Estado a la hora de adoptar los marcos normativos apropiados para exigir —y no solamente incentivar— que las empresas tomen las medidas adecuadas para proteger a los trabajadores». Ambas excelentes contribuciones dan cuenta de conclusiones en torno al contenido obligacional que tienen actualmente los Estados, inclusive en el ámbito extraterritorial. Es de esperar, y desear, que el futuro tratado sobre empresas y derechos humanos, suponga un antes y un después en la implantación mundial de la fórmula de la *diligencia debida*. Mientras, la esperanza estriba en ir aprovechando las posibilidades, como proponen los autores, que se derivan tanto desde llamamientos realizados en el ámbito del *soft law*, como es el caso del efectuado por el PNUD, como los progresos que puedan efectuarse en el *hard law* de regímenes particulares, como será el caso de la futura legislación de la Unión Europea, aún en fase de gestación, que se cita y analiza después; ya que, a la postre, la diligencia debida es una de las principales herramientas al alcance de los Estados y las

empresas «para transformar el paradigma del *business as usual* que rige en el actual modelo económico».

Finalmente, en tercer lugar, desde la perspectiva del Derecho internacional privado, ha de tenerse en cuenta que los últimos años han sido testigos de un interesante debate sobre la aplicación extraterritorial de las leyes nacionales orientadas a garantizar el respeto universal de los derechos humanos por parte de las empresas multinacionales, sobre el alcance de la jurisdicción de los Tribunales (normalmente los del Estado de la sede o matriz de la empresa multinacional) para conocer de determinadas actuaciones de sus filiales o de entidades o personas vinculadas a dichas empresas en países extranjeros (normalmente países en desarrollo) y también sobre el desarrollo de instrumentos internacionales en esta materia. El debate ha sido alimentado por interesantes resoluciones judiciales que han espolcado la discusión doctrinal sobre las posibilidades de regulación extraterritorial de determinados comportamientos, con el fin de evitar vulneraciones de los derechos humanos o de determinadas iniciativas legislativas específicamente diseñadas para alcanzar situaciones o comportamientos que pudieran tener lugar en el extranjero (entre otras, p. ej., la obra colectiva editada por ZAMORA CABOT, F. J., HECKENDORN URSCHELER, L. y DE DYCKER, S., *Implementing the U.N. Guiding Principles on Business and Human Rights. Private International Law Perspectives*, Ginebra-Zúrich-Basilea, Schulthess Médias Juridiques SA, 2017). Con este telón de fondo, resulta del todo oportuno analizar el tema del respeto de los derechos humanos por parte de las empresas multinacionales en la actual situación suscitada por la pandemia. Para ello contamos en este foro con más contribuciones valiosas: por una parte, la de los Profesores Francisco Javier Zamora Cabot y Maria Chiara Marullo, y, por otra parte, la de la Profesora Pilar Diago Diago. La primera de estas contribuciones presenta la problemática tratada y se adentra en el análisis de situaciones recientes, en el contexto de la pandemia, que han dado lugar a acaparamientos de tierras y aguas, a abusos en el sector extractivo y al grave impacto que todo ello tiene en los pueblos indígenas. La actualidad y, por desgracia, también la gravedad de los casos y problemas expuestos, resultan sobrecogedoras. La segunda aportación, de la Profesora Diago, se centra en la problemática de los derechos laborales en el marco de las cadenas de suministro, mostrando cómo el contexto de crisis ha afectado negativamente a los derechos de los más débiles, los trabajadores. En este contexto, analiza la reciente e interesante propuesta de Resolución del Parlamento Europeo, que incluye sendas recomendaciones de aprobación de una Directiva sobre diligencia obligatoria en las cadenas de suministro y de una modificación de las reglas europeas de competencia judicial internacional y de ley aplicable, para facilitar el acceso a la justicia por parte de los interesados. Como el lector sabrá apreciar, estos interesantes trabajos contribuyen a llamar la atención sobre graves vulneraciones de los derechos humanos, e invitan a reflexionar sobre qué puede hacer el Derecho internacional privado al respecto.

RELACIONES INTERNACIONALES/ INTERNATIONAL RELATIONS

EMPRESAS, DERECHOS HUMANOS Y LA COVID-19: EL PAPEL DEL ESTADO Y LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN TIEMPOS DE CRISIS. UN ENFOQUE SOBRE ITALIA

Marta BORDIGNON*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL CONTEXTO ITALIANO DE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS EN TIEMPO DE CRISIS SANITARIA: DESAFÍOS Y RESPUESTAS DEL GOBIERNO ITALIANO.—3. EL PAPEL DE LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y DEL SECTOR PRIVADO EN EL SISTEMA ITALIANO.—4. REFLEXIÓN FINAL.

1. INTRODUCCIÓN

Según el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, todas las personas tienen derecho al «más alto nivel posible de salud física y mental». Los gobiernos están obligados a tomar medidas efectivas para «la prevención, el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas»¹.

Por lo que se refiere a la protección de los derechos humanos en situaciones de emergencia, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (CDESC), que supervisa el cumplimiento del Pacto por parte de los Estados, ha declarado que:

* Doctora Marta Bordignon, presidenta de la asociación *Human Rights International Corner* (www.humanrightsic.com), experta de derechos humanos del Comité Interministerial de Derechos Humanos, Ministerio de los Asuntos Exteriores, Roma; Profesora de Política Europea, *Temple University, Rome Campus*.

¹ Art. 12.1 y 12.2.c).

«El derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos, que se enuncian en la Carta Internacional de Derechos, en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación. Esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud»².

Además, los Principios de Siracusa, adoptados por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en 1984, también reconocen que en el contexto de serias amenazas a la salud pública que pongan en peligro la vida de una nación, las restricciones a algunos derechos pueden justificarse si: i) tengan una base legal; ii) sean estrictamente necesarias según evidencias científicas y no sean arbitrarias ni discriminatorias en su aplicación; iii) sean de duración limitada, respeten la dignidad humana, y iv) estén sujetas a revisión y sean proporcionales para lograr su objetivo³.

Por supuesto, la gravedad de la pandemia de covid-19 se puede definir como una amenaza a la salud pública que podría justificar restricciones a ciertos derechos, como los que resultan de la limitación a la libertad de movimiento. Al mismo tiempo, una atención a derechos humanos, como la no discriminación y como la transparencia y el respeto a la dignidad humana, puede fomentar una respuesta efectiva en tiempos de crisis, así como limitar los daños que puedan provenir de la imposición de medidas que no cumplen con los Principios de Siracusa. Como ha sido reconocido en marzo 2020 por un grupo de relatores especiales y miembros de comités y grupos de procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos de la ONU:

«Las declaraciones de emergencia por el brote no deben usarse como base para dirigirse a grupos particulares, minorías o individuos, ni funcionar como una excusa para la acción represiva con el pretexto de proteger la salud. Tampoco deben usarse para silenciar el trabajo de los defensores de los derechos humanos, [...] deben ser motivadas por objetivos legítimos de salud pública y no usarse simplemente para sofocar la disidencia»⁴.

En este contexto, este comentario desarrolla una perspectiva general de las amenazas a los derechos humanos planteadas por el coronavirus y analiza las respuestas adoptadas por parte del gobierno italiano en el marco del respeto de los derechos humanos. Además, en los apartados siguientes va a ser planteada la relevancia de la cooperación al desarrollo en el marco del sistema italiano, con un enfoque específico sobre el papel de las empresas.

² CDESC, Observación general núm. 14, «El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud», (art. 12).

³ Principios de Siracusa sobre las disposiciones de limitación y derogación del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, 1984, <https://www.civilisac.org/civilis/wp-content/uploads/principios-de-siracusa-1.pdf>.

⁴ Noticias ONU, «Los planes de emergencia contra el coronavirus no pueden utilizarse para reprimir los derechos humanos», 16 de marzo de 2020: <https://news.un.org/es/story/2020/03/1471202>.

2. EL CONTEXTO ITALIANO DE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS EN TIEMPO DE CRISIS SANITARIA: DESAFÍOS Y RESPUESTAS DEL GOBIERNO ITALIANO

Una de las mayores preocupaciones en este periodo de crisis ha sido la de proteger el derecho a la vida, a la salud, al trabajo y a la libertad de expresión. En este sentido, los gobiernos tienen la obligación de proteger el derecho a la libertad de expresión, incluido el derecho a buscar, recibir y difundir información de todo tipo, también en tiempo de crisis y emergencia. Las restricciones permisibles a la libertad de expresión por razones de salud pública no pueden poner en peligro este derecho y además los gobiernos tienen que proporcionar la información necesaria para la protección y promoción de los derechos, incluido el derecho a la salud. Para ser respetuosos con los derechos humanos en sus respuestas a la covid-19, los gobiernos hubieran tenido que garantizar la disponibilidad y la accesibilidad universal de información sobre el virus, así como el acceso o la interrupción de los servicios.

Otro tema es el de la libertad de movimiento y de circulación que prevé el derecho de todas las personas a abandonar cualquier país, a ingresar en su propio país de nacionalidad, así como a moverse libremente en todo el territorio de un país. Las limitaciones a estos derechos solo pueden imponerse cuando sean legales, tengan un propósito legítimo y cuando sean proporcionales, incluso tras la evaluación de su impacto. Las prohibiciones de viaje, como el cierre de las fronteras, y las restricciones a la libertad de movimiento, como el aislamiento, no pueden ser discriminatorias. Por ejemplo, en Italia el gobierno ha impuesto una cuarentena, pero con protecciones para los derechos individuales: en concreto, ha adoptado medidas progresivamente restrictivas desde que se registró el primer brote importante de casos de la covid-19 en el norte del país al final de febrero. Inicialmente las autoridades colocaron diez ciudades en Lombardía y una en Véneto bajo una estricta cuarentena, cerrando las escuelas en las regiones afectadas. Posteriormente, las mismas restricciones, junto a nuevas medidas, se han extendido a algunas regiones del norte de Italia y al final a todo el país desde el 8 de marzo.

En el marco del impacto de estas medidas en el contexto empresarial y económico del país, y por ejemplo en relación a los derechos de los trabajadores, es necesario hacer referencia también en este caso a los Principios Rectores de la Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos y sobre todo al segundo Pilar sobre la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos. En concreto, según el Comentario sobre el Principio 12⁵,

⁵ El Principio 12 establece que: «La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se refiere a los derechos humanos internacionalmente reconocidos, que abarcan, como mínimo, los derechos enunciados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y los principios relativos a 16 los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo», https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf.

en presencia de contextos particulares «algunos derechos humanos pueden estar más en riesgo que otros» y, por tanto, en tales casos no solo el Estado, sino las empresas, deben tener un mayor nivel de atención respecto a su respeto. Pues precisamente el caso de los trabajadores que laboran en sectores clave expresa de manera paradigmática ese mayor nivel de atención que se requiere de las empresas en el contexto de la pandemia covid-19. Para estas categorías de trabajadores, de hecho, el riesgo de violación del derecho a la vida (art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —PIDCP— y art. 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos - CEDH), el derecho a alcanzar los más altos estándares de salud mental y física (art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - PIDESC), o el derecho a condiciones de trabajo seguras y saludables [art. 7, letra.b), PIDESC], es enormemente superior al de otras categorías de trabajadores (no esenciales) que pueden, cumpliendo con las medidas de cuarentena, quedarse en casa. En definitiva, se trata de trabajadores que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad ya que, por exposición al contagio, son expuestos a un mayor riesgo de sufrir violaciones de los derechos mencionados.

Además, si intentamos ampliar el enfoque también a la situación de los países no europeos, como ya ha sido planteado por las Naciones Unidas en marzo⁶, varios de los países afectados por la covid-19 están en crisis no solo sanitaria, sino también económica, debido a conflictos, desastres naturales o el cambio climático y por supuesto muchas personas en esos países dependen de la ayuda humanitaria para sobrevivir. Por eso, los gobiernos donantes, como Italia o España, deberían garantizar que el apoyo económico y de recursos humanos a las operaciones humanitarias y de cooperación al desarrollo llevadas a cabo por las agencias de ayuda nacionales no se vea perjudicado como resultado de la crisis de la covid-19. En el próximo apartado se va a analizar el papel de la Agencia Italiana de Cooperación al Desarrollo (en italiano AICS) y del sector privado en tiempo de crisis.

3. EL PAPEL DE LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y DEL SECTOR PRIVADO EN EL SISTEMA ITALIANO

A través de la actividad de cooperación internacional para el desarrollo, desde hace tiempo se han transmitido modelos económicos, sociales y culturales diferentes y a veces conflictivos, según el momento histórico, las fuerzas económicas y políticas imperantes y la propia idea de desarrollo que estos promovieron. Por tanto, la pandemia está poniendo de relieve la fragilidad de los modelos de desarrollo existentes, así como el papel del Estado y de los otros actores principales, como las empresas. Entretanto, debemos reconocer que la pandemia ha subrayado la importancia estratégica de la sobera-

⁶ *Daily Press Briefing by the Office of the Spokesperson for the Secretary-General*, 17 de marzo de 2020, <https://www.un.org/press/en/2020/db200317.doc.htm>.

nía estatal respecto de la salud, entendida como la autonomía nacional y el control de las instalaciones de salud, medicamentos, equipos, capacitación del personal, pero también la soberanía alimentaria (autonomía y control nacional de recursos alimentarios) y soberanía energética. Estos temas se están planteando como los asuntos del futuro en el marco de la cooperación internacional, junto con una mayor participación del sector privado, no solo a través de inversiones, sino de políticas más atentas al medio ambiente, al cambio climático y a la sostenibilidad.

A corto plazo, es muy probable que una gran parte de la ayuda internacional se desvíe hacia intervenciones humanitarias de emergencia y apoyo a los servicios de salud pública. Paralelamente, es posible que las autoridades monetarias y los fondos internacionales también estén llamados a intervenir para mitigar los desequilibrios macroeconómicos que inevitablemente está generando la crisis pandémica en países ya agobiados por una elevada deuda externa. La polarización de la ayuda internacional en emergencias generada por la pandemia podría, por tanto, quitar importantes recursos a las intervenciones dirigidas a afectar los problemas estructurales (institucionales, ambientales, sociales y económicos) que tradicionalmente afligen a los países de bajos ingresos.

Por eso, es muy interesante analizar el sistema italiano de cooperación internacional, que ha sido renovado en 2014 con la adopción de la Ley núm. 125, que establece la Agencia Italiana para la Cooperación al Desarrollo y presenta una nueva gobernanza y mecanismos renovados para la definición de programas e intervenciones en el ámbito sectorial y geográfico, que tienen como objetivo garantizar una coordinación y alineación entre objetivos e intereses de desarrollo. Además, la Ley núm. 125 proporciona una imagen más clara y detallada de las formas de participación del sector privado, fortaleciendo así el uso de instrumentos de financiamiento e inversión. Siguiendo los principios fundamentales de la cooperación internacional al desarrollo —como los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la ONU y la Agenda 2030— y las herramientas legislativas internacionales sobre empresas y derechos humanos —como los Principios Rectores de la ONU, el Pacto Mundial y las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales—, la Ley italiana ha establecido la posibilidad para las empresas italianas, junto con las organizaciones no gubernamentales (ONG) y las fundaciones, de proponer e implementar proyectos de cooperación al desarrollo.

El caso exitoso que va a ser analizado en este apartado es el que se refiere al proyecto *Empresarios por la Educación (E×E)*⁷. Este proyecto es un programa educativo, que involucra al sector público y privado en Colombia, a través de una alianza entre Ministerio de Educación, 12 Secretarías Regionales de Educación, empresas multinacionales y locales, fundaciones y otras organizaciones representativas. El programa se configura como una intervención mixta que contempla la creación de una Alianza Público-Privada en

⁷ <https://fundacionexe.org.co/>.

apoyo de la educación, especialmente primaria y secundaria. La intervención fue diseñada para dar respuesta a los problemas estructurales identificados del sistema de formación colombiano, como la baja tasa de matriculación de alumnos en el servicio escolar, la mala calidad de la educación y la alta tasa de abandono escolar prematuro. Hasta hoy, este sistema ha llevado a cabo 11 proyectos, que involucraron a más de 4.500 estudiantes. E×E ha adoptado un enfoque que prevé la participación de la sociedad civil en la realización de las actividades y, por tanto, ha logrado activar 440 voluntarios que trabajan en proyectos para fortalecer las habilidades de gestión escolar trabajando con más de 290 instituciones de formación y 139.000 miembros de las respectivas comunidades de referencia. El objetivo final de E×E y de la fundación que ha sido establecida en 2014 es ser un catalizador de los esfuerzos públicos y privados dirigidos a mejorar la calidad de la educación, tratando de formar seres humanos que sepan vivir en sociedad respetuosa de valores compartidos, construyendo así una sociedad más igualitaria y próspera. En este caso, la Alianza Público-Privada en el sector educativo colombiano se considera exitosa, ya que logró, a lo largo de los años, llevar la inversión, la innovación, las habilidades de gestión y la atención política al sector educativo. En concreto, el resultado, que ha sido subrayado también por el informe del *World Economic Forum*⁸, es que a través del trabajo conjunto de lo público y privado se llevó a cabo un proceso de contaminación positiva, que llevó a la implementación de buenas prácticas de manejo orientadas a incrementar la eficiencia en un sector como el de la formación en Colombia.

A través de la descripción de este proyecto, se comprende cómo la mejor contribución que se pueda hacer, esperando a un nuevo modelo de desarrollo social, económico y ambiental, es quizá la de buscar las justas respuestas a algunas preguntas. En primer lugar, a nivel metodológico reside el problema de qué métodos y criterios deben adoptarse en la redefinición de las prioridades de intervención y de qué enfoques, metodologías y técnicas utilizar en los distintos niveles para fomentar una visión interdisciplinaria e intersectorial. En cuanto a los mecanismos de financiación, un tema conectado con el papel del sector privado, lo que interesa es comprender que el proceso de reconstrucción después de la crisis sanitaria no será financieramente sostenible sin la participación estratégica del capital privado (como ha sido practicado, por ejemplo, por la cooperación italiana). Por eso, lo que se pide a las grandes empresas transnacionales es que sean parte de la acción de reconstrucción y que se alineen con los criterios de transparencia, promoción de los derechos humanos y sostenibilidad ambiental, por supuesto a través de sinergias que vayan a ser activadas entre la acción de cooperación pública al desarrollo y las empresas, las instituciones financieras y de investigación.

⁸ World Economic Forum, *Creating New Models. Innovative Public-Private Partnerships for Inclusive Development in Latin America. Global Agenda Councils*, 2014, http://www3.weforum.org/docs/GAC/2014/WEF_GAC_LatinAmerica_InnovativePublicPrivatePartnerships_Report_2014.pdf.

Como escribió Yuval Noah Harari en el *Financial Times* del pasado 20 de marzo:

«La [...] elección importante que enfrentamos es entre el aislamiento nacionalista y la solidaridad global. Tanto la epidemia como la crisis económica resultante son problemas globales que solo pueden resolverse eficazmente mediante la cooperación global»⁹.

Las nuevas formas y métodos de cooperación internacional dependerán también de la difusión de esta conciencia, con la esperanza y la convicción de que, a pesar de todas las limitaciones y opacidades del pasado, un mundo abierto al intercambio y a la interacción es en cualquier caso preferible a los cierres políticos, económicos y culturales.

4. REFLEXIÓN FINAL

A la luz de lo dicho en los apartados previos, la pandemia parece estar destinada a cambiar tanto la estructura de la sociedad contemporánea como las categorías conceptuales que las ciencias sociales han utilizado hasta la fecha para explicarla e interpretarla. Destaca la insostenibilidad ambiental y social del sistema de producción y distribución actual, los límites de las normas y de los estándares existentes, así como el papel de los Estados en la implementación del sistema de cooperación internacional al desarrollo. En particular, la emergencia de la covid-19 acentúa la insuficiencia de algunas de las categorías conceptuales utilizadas para entender las dinámicas que se desarrollan dentro de la comunidad internacional y, más en concreto, dentro a los mecanismos de cooperación internacional y de protección de los derechos humanos.

Del ejemplo italiano surgen múltiples elementos de complejidad con respecto a la participación del sector privado en la cooperación para el desarrollo, que produzcan importantes implicaciones en la definición de objetivos, gobernanza y herramientas de desarrollo. Por un lado, el nuevo sistema legislativo italiano, la Ley 125/2014, ofrece un marco más claro y definido con respecto a las formas de participación del sector privado, definiendo con mayor precisión el uso de instrumentos de financiamiento e inversión; por otro lado, plantea desafíos para establecer una nueva gobernanza y mecanismos adecuados para la definición de programas e intervenciones, que garanticen coordinación y alineación entre los objetivos de desarrollo y los intereses de una amplia variedad de partes interesadas.

Estas nuevas formas de cooperación requieren ante todo un reconocimiento mutuo entre lo público y lo privado y, en segundo, una evolución en los enfoques de intervención, incorporando los principios desarrollados por la ONU, por ejemplo, sobre derechos humanos. En esta perspectiva, los

⁹ *Financial Times*, *The World after Coronavirus*, 2020, <https://www.ft.com/content/19d90308-6858-11ea-a3c9-1fe6fedcca75>.

gobiernos nacionales tienen la responsabilidad de desarrollar un apoyo legislativo y operativo para la participación del sector privado, proporcionando incentivos y reduciendo barreras a la implementación de iniciativas de desarrollo sostenible. Al mismo tiempo, el sector privado tendrá que afrontar la transformación propia de los modelos operativos, planificando sus actividades durante un periodo de tiempo más largo y abarcando cada vez más los principios de inversión responsable en relación con las dimensiones ambientales, sociales y de gobernanza (ESG), y así como con la sostenibilidad ambiental y social.

Palabras clave: cooperación internacional, covid-19, Agencia Italiana para la Cooperación al Desarrollo, derechos humanos, empresas.

Keywords: international cooperation, covid-19, Italian Agency for Development Cooperation, human rights, business.

EMPRESAS, DERECHOS HUMANOS Y LA COVID-19: UNA OPORTUNIDAD PARA PROMOVER LA GOBERNANZA GLOBAL*

Cristina CHURRUCA MUGURUZA**

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EMPRESAS, DERECHOS HUMANOS Y LA COVID-19.—
3. EL DERECHO AL ACCESO A LA SALUD: EL PAPEL DEL ESTADO, LAS EMPRESAS Y
LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL.—4. REFLEXIÓN FINAL.

1. INTRODUCCIÓN

La pandemia de covid-19 es una crisis mundial, probablemente la mayor crisis de nuestra generación, con consecuencias sanitarias, económicas, sociales y laborales devastadoras en todos los países. El impacto de la crisis de la covid-19 es global pero no afecta a todos los países ni a todas las personas y grupos por igual. La pandemia ha expuesto en toda su crudeza la profunda desigualdad existente en la sociedad internacional¹ y las violaciones de derechos humano que afectan a los grupos más desfavorecidos y marginados². Como señala el Instituto Danés de Derechos Humanos, la pandemia sirve como una lupa, revelando y exacerbando los patrones existentes de vulnera-

* El presente comentario ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación *Impulso de la responsabilidad empresarial en Colombia a través de la política pública departamental*, financiado por la AECID, 2019/ACDE/001070, febrero de 2020-julio de 2021.

** Profesora de Relaciones Internacionales de la Universidad de Deusto, email: cristina.churruca@deusto.es.

¹ AGUIRRE, M., «El impacto de la crisis del coronavirus se debe a la desigualdad», *esglobal*, 30 de marzo de 2020, <https://www.esglobal.org/autor/mariano-aguirre/>.

² Las minorías étnicas, y los grupos más pobres y marginalizados, las personas migrantes y las víctimas de trata y tráfico de personas, las personas sin hogar, las personas detenidas y las personas LGTBI no solo están entre las más infectadas y con una mayor tasa de mortalidad, sino que sufren riesgos específicos. THE DANISH INSTITUTE FOR HUMAN RIGHTS, «Covid-19 Response and Recovery Must Build on Human Rights and SDGs», mayo de 2020, <https://www.humanrights.dk/sites/humanrights.dk/files/media/Covid-19%20response%20and%20recovery%20must%20build%20on%20human%20rights%20and%20SDGs%20.pdf>, p. 2.

bilidad, desigualdad y discriminación. Pero no se trata de nuevos desafíos, sino de las barreras a la dignidad humana y al desarrollo que los derechos humanos, y por extensión la Agenda 2030, tratan de abordar³.

El impacto súbito y generalizado de la pandemia de covid-19 y las medidas de suspensión de las actividades que se adoptaron para contenerla han ocasionado una drástica contracción de la economía mundial, que, según las previsiones del Banco Mundial, se reducirá un 5,2 por 100 este año. De acuerdo con la edición de junio de 2020 del informe *Perspectivas económicas mundiales* del Banco, sería «la peor recesión desde la Segunda Guerra Mundial, y la primera vez desde 1870 en que tantas economías experimentarían una disminución del producto per cápita». A la contracción económica y el desempleo causados por las restricciones impuestas para controlar la pandemia se suman la fuga de capitales y el colapso de las remesas. La disminución prevista en los ingresos per cápita, de un 3,6 por 100, empujará a millones de personas a la pobreza extrema este año⁴.

La covid-19 ha afectado de manera diferenciada a empresas y trabajadores profundizando desigualdades y exponiendo debilidades estructurales de las economías y sociedades de los países afectados. Los efectos de la crisis están siendo particularmente visibles en los países más afectados por la pandemia y en aquellos que dependen en gran medida del comercio internacional, el turismo, las exportaciones de productos básicos y el financiamiento externo. En los países más pobres, donde la informalidad está generalizada, el coste humanitario y económico es especialmente elevado. La informalidad se asocia con el subdesarrollo en una amplia serie de ámbitos, como la pobreza generalizada, la falta de acceso a los sistemas financieros, la deficiencia de los recursos médicos y de salud pública, y débiles redes de seguridad social. Los participantes en el sector informal, trabajadores y pequeñas empresas, a menudo no están registrados con el gobierno y, por tanto, no tienen acceso a sus beneficios. Las mujeres, debido a su gran participación en los sectores más afectados por la pandemia, son las más vulnerables a la crisis⁵.

La crisis cuestiona directamente la forma en la que se ha configurado la relación entre Estado, mercado, sociedad y medio ambiente en la llamada, en términos de Esther Barbé, actual fase de contestación del orden internacional construido después del final de la guerra fría⁶. Para José Antonio Sanahuja, la covid-19 representa «una crisis dentro de otra crisis» o «una coyuntura crítica» que profundiza e intensifica la «crisis orgánica» o «crisis de globalización» del orden hegemónico liberal iniciada en 2008⁷. Pero a la vez que la pandemia agudiza tendencias y fracturas previas, se abren oportunidades para a la luz de los derechos humanos repensar el papel de las empresas

³ *Ibid.*, p. 3.

⁴ WORLD BANK, *Global Economic Prospects*, Washington D. C., World Bank, junio de 2020, p. 17.

⁵ *Ibid.*, pp. 36-37.

⁶ Véase BARBÉ, E., *Relaciones Internacionales*, Madrid, Tecnos (4.^a ed. revisada), 2020, pp. 347-353.

⁷ SANAHUJA, J. A., «Covid-19: Riesgo, pandemia y crisis de gobernanza global», *Anuario CEIPAZ*, 2019-2020.

y del estado y promover una mejor gobernanza global y una cooperación internacional más eficaz⁸. Como señala el Secretario General de Naciones Unidas António Guterres, la pandemia es una oportunidad para «reconstruir mejor» aprendiendo de los errores cometidos en las respuestas económicas a la crisis financiera mundial de 2008, sobre la base de un nuevo pensamiento económico y social, centrado en los compromisos de derechos humanos y en la Agenda 2030⁹. La promesa de no dejar a nadie atrás refleja el principio fundamental y transversal del derecho a la no discriminación incorporado en todos los instrumentos de derechos humanos.

Este comentario plantea unas reflexiones sobre la responsabilidad de las empresas y las obligaciones de los Estados y la cooperación internacional de garantizar los derechos humanos en tiempos de crisis, en particular su responsabilidad de garantizar la igualdad de acceso a la atención de salud.

2. EMPRESAS, DERECHOS HUMANOS Y COVID-19

Factores como la rápida disminución de la actividad económica de los países más industrializados, la interrupción de las cadenas mundiales de suministros, la caída de los precios de los productos básicos, el aumento de la aversión al riesgo de los inversores, la reducción de la demanda de mano de obra, especialmente en los sectores del turismo y el llamado sector Horeca (hoteles, restaurantes y cafeterías), la manufactura y el comercio minorista, y la caída de las remesas en los países en desarrollo tienen todos ellos un gran impacto en la actividad empresarial en todo el mundo. La OIT estima que, en el segundo trimestre de 2020, las horas de trabajo disminuirán en un 14 por 100, en todo el mundo, lo que equivale a 400 millones de empleo a tiempo completo, con la mayor pérdida de horas de trabajo en las Américas a razón del 18,3 por 100¹⁰. Es previsible que a finales de año se sigan perdiendo puestos de trabajo (140 millones, de los cuales 45 solo en América Latina sin contar el sector informal) que en el caso más desfavorable, en el que prevé una segunda ola de la pandemia, pueden llegar a 340 millones de empleos¹¹.

Las transformaciones producidas en la organización de la actividad de la empresa, propiciadas por la globalización económica y por el desarrollo de tecnologías que irrumpen con fuerza en la actividad productiva, han provocado la precarización del empleo y de las condiciones de trabajo. La pandemia ha revelado el catastrófico impacto de la falta de cobertura de protección social para 4.000 millones de personas en todo el mundo. La seguridad so-

⁸ SANAHUJA, J. A., «El ascenso global de la ultraderecha y el nacionalismo: crisis de la globalización, el regionalismo y el orden liberal», en ALTMANN, J. (ed.), *América Latina frente a la reconfiguración global*, San José, FLACSO, 2019, pp. 31-64.

⁹ UN SECRETARY GENERAL, *Covid-19 and Human Rights: We are all in this together*, 23 de abril de 2020, <https://unsdg.un.org/sites/default/files/2020-04/COVID-19-and-Human-Rights.pdf>.

¹⁰ OIT, *Observatorio de la OIT: la covid-19 y el mundo del trabajo*, 5.ª ed., 30 de junio de 2020, p. 1, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/briefingnote/wcms_749470.pdf.

¹¹ *Ibid.*, p. 2.

cial es un derecho humano y la necesidad aguda de protección social es más evidente que nunca. Sin embargo, el 55 por 100 de la población mundial está completamente desprotegida. Esto está relacionado con los insuficientes progresos realizados en la eliminación de los déficits de financiación de la protección social¹².

El respeto de los derechos humanos es fundamental para responder de la forma adecuada a la emergencia de salud pública creada por la pandemia, con un impacto más amplio en la vida y los medios de vida de las personas. Los Estados tienen un deber claro de protección de su población. Uno de los efectos de la pandemia ha sido volver a poner el foco en el papel regulador del Estado y con ello en las obligaciones de los Estados en materia de empresas y derechos humanos. Las empresas tienen un papel esencial que desempeñar minimizando la probabilidad de transmisión y el impacto en la sociedad adoptando medidas informadas y eficaces para proteger a sus trabajadores, clientes y comunidades locales, y contribuir a la producción y distribución de los suministros básicos¹³. Entre los grupos más vulnerables se han destacado los trabajadores de servicios esenciales y de transporte, trabajadores en alimentación y bienes de consumo cotidiano (como limpieza y farmacias); trabajadores sanitarios (médicos y enfermería y personal laboratorios) (y dentro de este sector, los cuidadores de las personas de la tercera edad). Estos grupos suelen ser los que corren mayor riesgo de sufrir abusos de derechos humanos, a menudo con contratos temporales o abusivos, con salarios bajos y pocas o ninguna red de seguridad, y expuestos a riesgos de salud y seguridad.

Los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos, promovidos por el Grupo de Trabajo sobre las empresas y los derechos humanos de las Naciones Unidas bajo mandato del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, proporcionan un marco reconocido y autorizado mundialmente tanto para evaluar las respuestas de las empresas a la pandemia como para guiar su actuación. Los pilares «proteger, respetar y remediar» adoptados de forma unánime por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas en 2011 hacen referencia al deber del Estado de proteger a las personas contra las violaciones de los derechos humanos cometidos por terceros, incluidas las empresas; la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos; y la necesidad de contar con recursos más eficaces, tanto judiciales como extrajudiciales, cuando se hayan producido violaciones de derechos¹⁴.

¹² OIT, *Informe Mundial sobre la Protección Social 2017-2019 La protección social universal para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible*, Ginebra, 2017, p. xxxi.

¹³ OMS, *Declaración conjunta de la ICC y la OMS: Un llamamiento a la acción sin precedentes dirigido al sector privado para hacer frente a la covid-19*, 16 de marzo de 2020, <https://www.who.int/es/news-room/detail/16-03-2020-icc-who-joint-statement-an-unprecedented-private-sector-call-to-action-to-tackle-covid-19>.

¹⁴ FERNÁNDEZ LIESA, C. y LÓPEZ-JACOISTE, M. E. (dirs.), *Empresas y Derechos Humanos*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 88-108; MÁRQUEZ CARRASCO, C. (coord.), *La implementación de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos por la Unión Europea y sus Estados miembros*, Thomson-Reuters Aranzadi, 2017, pp. 81-104.

Cada uno de estos tres pilares es pertinente para la respuesta a la covid-19. El Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos en su declaración del 29 de abril de 2020, ante las consecuencias de derechos humanos y económicas de la pandemia, apela a los Principios Rectores señalando la necesidad imperiosa de mejorar la protección, especialmente para los trabajadores vulnerables de las economías tanto desarrolladas como en desarrollo en todos los sectores, pero también para los consumidores y todos los miembros de la sociedad. El grupo de trabajo hace especial hincapié en la relevancia actual de los Principios Rectores para que ante desafíos mundiales del cambio climático y el aumento de las desigualdades, los gobiernos y las empresas tomen un camino sostenible centrado en las personas «en lugar de tomar atajos en nombre del crecimiento económico»¹⁵.

Los Principios Rectores de Empresas y Derechos Humanos son un ejemplo del actual sistema de gobernanza compleja en el que se incorporan junto a los Estados y las organizaciones internacionales, dinámicas transgubernamentales y transnacionales que vinculan estado, mercado y sociedad. Como señaló el propio John Ruggie, autor de los Principios Rectores de las Naciones Unidas, al presentarlos al Consejo de Derechos Humanos, estos constituyen una plataforma de acción mundial común¹⁶. Para lograr «una recuperación que conduzca a un mundo mejor» alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible y hacer realidad los derechos humanos para todos se requiere una respuesta coordinada de los Estados a través de instituciones multilaterales y de una colaboración eficaz que involucre a todos los actores, con gobiernos y empresas responsables que lideren el camino¹⁷.

3. EL DERECHO AL ACCESO A LA SALUD: EL PAPEL DEL ESTADO, LAS EMPRESAS Y LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL

El primer derecho afectado por la crisis de la covid-19 es el derecho a la salud incluido «el acceso oportuno, aceptable y asequible a servicios de atención de salud de calidad suficiente»¹⁸. La covid-19 ha mostrado la fragilidad de muchos sistemas y servicios sanitarios en todo el mundo. Entre

¹⁵ «Asegurarse de que las empresas respeten los derechos humanos durante la crisis de la covid-19 y después: La relevancia de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos». Declaración del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos, 29 de abril de 2020, disponible en <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25837&LangID=S>.

¹⁶ RUGGIE, J. G., *Informe al Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas*, 30 de mayo de 2011, https://www.ohchr.org/Documents/Issues/TransCorporations/HRC%202011_Remarks_Final_JR.pdf.

¹⁷ OIT, OCDE, OACNUDH, REDESCA, CIDH, UNICEF, PACTO MUNDIAL DE LAS NACIONES UNIDAS Y EL GRUPO DE TRABAJO DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LAS EMPRESAS Y LOS DERECHOS HUMANOS, *Uniendo fuerzas en América Latina y el Caribe para ayudar a minimizar la crisis del coronavirus (covid-19) y fomentar empresas responsables y sostenibles*, 28 de abril de 2020, https://www.ilo.org/americas/programas-y-proyectos/WCMS_743066/lang-es/index.htm.

¹⁸ UNITED NATIONS SECRETARY GENERAL, *Covid-19 and Human Rights. We are all in this together*, p. 4.

otras cosas, se ha puesto de manifiesto que los Estados cada vez son más dependientes de las empresas para la provisión de la atención sanitaria y de la protección social.

El modelo económico neoliberal ha promovido la desregulación de los mercados y una menor intervención del Estado. A partir de la recesión de finales de los años setenta y ochenta, la mayoría de los sistemas nacionales de salud fueron reformados bajo la influencia del Consenso de Washington impulsado por las instituciones de Bretton Woods (Banco Mundial y Fondo Monetaria Internacional). La liberalización del sector de la salud y los recortes en el gasto público hicieron que los servicios de salud pública fueran inaccesibles para los grupos sociales más vulnerables, especialmente en las zonas rurales. Los programas de ajuste estructural dejaron sistemas de salud vulnerables a las crisis y redujeron la capacidad de los países de proporcionar servicios universales¹⁹. A partir del año 2000 se produjeron mejoras importantes en muchos países: aumentó la proporción de personas aseguradas en los diferentes esquemas previsionales, mejoraron los principales indicadores de salud y el nivel de financiamiento como proporción del Producto Interno Bruto (PIB). Pero en la respuesta internacional que se dio a la crisis de 2008 se cometió el error de volver a disminuir las inversiones en los sectores sociales, muy particularmente en la salud y la educación.

La falta de inversión histórica de los gobiernos en los sistemas de salud ha debilitado la capacidad de respuesta a la pandemia, así como la de proporcionar otros servicios de salud esenciales como el acceso de todos sin discriminación a las medidas básicas que contienen la propagación del virus. Esto incluye pruebas, especialistas en el cuidado de los más vulnerables, cuidados intensivos para los que lo necesitan y la vacunación, cuando esté disponible, independientemente de la capacidad de pago. Con el fin de brindar atención médica a quienes la necesitan, algunos países han llegado a acuerdos con empresas del sector privado. En Reino Unido, el Servicio Nacional de Salud (NHS) ha celebrado un acuerdo con el sector privado para reasignar la capacidad de los hospitales privados al NHS²⁰. En Irlanda y España, el gobierno decidió integrar los hospitales privados en el sistema de salud pública mientras durase la crisis del coronavirus²¹. En los países árabes cada vez más dependientes de actores no estatales, en particular del sector privado, para la prestación de servicios de salud, la alianza con sector privado ha sido muy variada: desde la provisión de licencias en Bahreín, a la puesta en disposición al gobierno de camas y trabajadores en Emiratos Árabes Unidos a la descoordinación total en el Líbano²².

¹⁹ ASTHANA, S., «Economic crisis, adjustment and the impact on health», en PHILLIPS, D. y VERHASSELT, Y. (eds), *Health and development*, Londres, Routledge, 1994, pp. 50-64.

²⁰ THORLBY, R., TINSON, A. y KRAINDLER, J., *Covid-19: Five dimensions of impact*, The Health Foundation, 29 de abril de 2020, disponible en <https://www.health.org.uk/news-and-comment/blogs/covid-19-five-dimensions-of-impact>.

²¹ OIT, *Nota informativa de la OIT: la covid-19 y el sector de la salud*, 11 de abril de 2020, p. 9.

²² EL-JARDALI, F., *After the Pandemic: Reimagining the Role of State and Non-State Actors in (Re)building National Health Systems in the Arab World*, Bawader, 10 de abril de 2020.

La participación de las empresas en la provisión y financiamiento de la atención pública ha aumentado en las últimas décadas en todo el mundo. Las asociaciones público-privadas (APP) se han promovido como herramientas de política y de financiación de infraestructura para ampliar las redes de servicios públicos. En el sector de la salud la participación de instituciones privadas en la provisión de servicios que abarcan desde la atención primaria hasta complejos especializados y seguros de salud se ha considerado «vital»²³. En América Latina se han puesto en marcha modelos diversos en países como Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, México y Nicaragua, con el apoyo de algunos actores y bancos multilaterales como el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo²⁴. La estrategia del Grupo del Banco Mundial, llamada «Maximización de las finanzas para el desarrollo», busca movilizar todas las formas de financiación incluida la privada, promoviendo alianzas para lograr transformaciones en todos los sectores, incluido el de la salud. Sin embargo, organizaciones de la sociedad civil y académicos han advertido que las APP anteponen la rentabilidad económica sobre el derecho a la salud²⁵. Asimismo la OMS reconoce que las transferencias presupuestarias que subvencionan directamente las contribuciones del sector privado oficial en países de ingresos medios bajos es «probable» que sean pro-ricos porque esta parte de la población tiene ingresos más altos que el promedio²⁶.

La adopción de APP en el sector de la salud presenta desafíos importantes para los países y los sistemas de salud en su conjunto a la hora de responder a una emergencia sanitaria como la de la covid-19. La pandemia ha puesto a prueba la resiliencia de los sistemas de salud y la preparación y capacidad de respuesta de los países ante las emergencias. Su impacto en la salud y el bienestar de las personas alude a la importancia de que todo el mundo, en todas partes, debería tener acceso a servicios de salud de calidad y asequibles. Pero, por ejemplo, América Latina, la región donde hay mayor inequidad y donde la mayoría de los países la salud es un derecho social para todos los ciudadanos, se caracteriza por las dificultades de acceso a la salud y la desigualdad entre los sistemas públicos y privados²⁷. Este es un claro recordatorio de la necesidad alcanzar el Objetivo de Desarrollo Sostenible 3 (ODS 3): «Garantizar una vida sana y promover el bienestar para todas las edades». Para ello es imprescindible avanzar hacia «la Cobertura Sanitaria Universal

²³ ALBORTA, G. R., STEVENSON, C. y TRIANA, S., *Asociaciones público-privadas para la prestación de servicios. Una visión hacia el futuro*, Banco Interamericano de Desarrollo, Documento de Debate, BID-DP-195, noviembre de 2011, p. 58.

²⁴ *Ibid.*, p. 21.

²⁵ Véanse, entre otros, POLLOCK, A. M., «Cómo la mercantilización y la privatización se están utilizando para abolir los sistemas nacionales de atención universal de salud y qué se debe hacer para restaurarlos», *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, 2016, núm. 64, pp. 5-50; ROMERO, M. J., *América Latina y la epidemia de covid-19: una crónica de múltiples crisis*, EURODAAD, marzo de 2020, https://www.eurodad.org/_COVID19_America_Latina_2.

²⁶ WHO, *Global Spending on Health: A World in Transition*, WHO/HIS/HGF/HF WorkingPaper/19.4, 2019, p. 33.

²⁷ ROMERO, M. J., *América Latina y la epidemia de la covid-19*, op. cit.

(CSU) sin empobrecimiento»²⁸. La CSU por definición se refiere a todo el espectro de servicios desde la promoción, a la prevención y el tratamiento de la salud. Un requisito fundamental para que una comunidad o un país pueda alcanzar la CSU es un sistema de financiación de los servicios de salud y el acceso a medicamentos. Según datos de la OMS, el 40 por 100 del gasto global en salud mundial es privado y la población que gasta más del 10 por 100 de su presupuesto familiar en pagos de bolsillo por servicios de salud ha aumentado hasta el 12,9 por 100 en 2020. En los últimos años casi 90 millones de personas se han visto empujadas a la pobreza extrema debido a los gastos médicos de su bolsillo²⁹.

En el contexto actual de creciente disminución de la ayuda al desarrollo y en particular al sector de la salud que ha pasado del 10 por 100 en 2008 al 0,2 por 100 en 2018 de acuerdo con la OMS³⁰, se espera que el sector privado se convierta en un agente fundamental para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible y hacer realidad los derechos humanos³¹. La respuesta a la covid-19 es una responsabilidad global que exige un compromiso de las empresas más allá de la búsqueda de oportunidades de negocio³². Esto implica la responsabilidad del sector privado de contribuir a la financiación de los llamados bienes comunes (*common goods*) de la salud como la vigilancia de enfermedades, laboratorios y diagnósticos, así como sistemas de información de salud, y comunicaciones sobre el cambio de comportamientos en salud³³.

La financiación pública de los sistemas de salud es esencial, pero si queremos avanzar en los ODS y abordar los principales desafíos de la salud global, la cooperación internacional debe promover los mecanismos de innovación financiera público-privada. Fuentes autorizadas como el Institute for Global Health de Barcelona reconocen que los proyectos de cooperación que incluyen el sector público o las organizaciones del sector social, por un lado, y las empresas por otro lado, para incrementar y mejorar la atención sanitaria de calidad son fundamentales. Hay iniciativas del sector privado, como la Global Business Coalition on Health, que actúan como plataformas en que las empresas pueden participar en la prevención de los problemas de salud en todo el mundo³⁴.

Al considerar el papel de las empresas para alcanzar los objetivos de salud global y el derecho a la salud universal, no se puede obviar el debate so-

²⁸ Véase UHC2030 INTERNATIONAL HEALTH PARTNERSHIP, «Living with covid-19: Time to get our act together on health emergencies and UHC», *Discussion Paper*, 27 de mayo de 2020.

²⁹ *Ibid.*, pp. 5-6.

³⁰ WHO, *Global Spending on Health: A World in Transition*, op. cit., p. ix.

³¹ CRANENBURGH, K. C. VAN, «El papel del sector privado en la promoción del desarrollo internacional, Barcelona», nota 23, ISGlobal, abril de 2017.

³² Véase RÍOS, G., *El papel del sector privado en tiempos de pandemia: ideas para el debate*, Secretaría General Iberoamericana (SEGIB) y Consejo Empresarial Alianza por Iberoamérica (CEAPI), 2020, https://ceapi.com/wp-content/uploads/2014/03/Informe-El-papel-del-sector-privado-en-tiempos-de-Pandemia-Ideas-para-el-debate_Julio-2020.pdf.

³³ UHC2030 INTERNATIONAL HEALTH PARTNERSHIP, op. cit., p. 4.

³⁴ CRANENBURGH, K. C. VAN, op. cit., p. 13.

bre el papel de las compañías farmacéuticas. Es muy importante garantizar la distribución justa y equitativa de las vacunas mediante un sistema global de gobernanza que anteponga los criterios de salud pública a los de mercado. En este contexto, la iniciativa de la OMS del acelerador de herramientas para la covid-19 (ACT-Acelerator en inglés) supone «una reconsideración del modo en el que se había trabajado hasta ahora y consolida una tendencia abierta por un ecosistema de iniciativas y organizaciones público-privadas dirigidas a asegurar la financiación de problemas de salud global³⁵. Uno de los pilares del proyecto global se centra en el desarrollo, producción y distribución de la vacuna. Liderados por la OMS, la Coalición para la Innovación en Prevención de Epidemias (CEPI) y la Alianza Mundial para la Inmunización (GAVI) proponen que la vacuna sea accesible, asequible y equitativa para todos los países, sin dejar a nadie atrás. Este proyecto global contrasta con la iniciativa americana, que quiere asegurar su propia producción y abastecimiento³⁶.

4. REFLEXIÓN FINAL

La crisis de la covid-19 ha expuesto las profundas debilidades en la prestación de servicios públicos y las desigualdades estructurales que impiden el acceso a los mismos revelando, entre otros, el protagonismo creciente de las empresas en la prestación de servicios de salud. La respuesta a la pandemia demanda una respuesta colaborativa de todos los actores involucrados: un enfoque que abarque a todo el mundo («*whole-of-the-world approach*»)³⁷. Pero es evidente que no todos los actores tienen el mismo papel en tiempos de crisis. Una de las lecciones de la covid-19 es la necesidad de que el Estado asuma su papel de protector y regulador en lo que respecta a la atención de salud como derecho humano. Otra es que, si bien las empresas pueden contribuir a la lucha contra la pandemia, la vuelta al «*business as usual*» supone una amenaza a la salud y al bienestar de las personas³⁸. En plena fase de controversia normativa, los Principios Rectores de Empresas y Derechos Humanos se erigen como un instrumento de gobernanza global, una norma cosmopolita, que sirve de guía para el respeto de los derechos humanos por parte de los Estados y las empresas.

En este contexto, el papel de la cooperación internacional promoviendo la acción concertada de actores públicos y privados, la promoción e implementación de los Principios Rectores de Empresas y Derechos Humanos en otros

³⁵ VILASANJUAN, R. y SARUKHAN, A., «¿Cuáles son los obstáculos para lograr una inmunización universal contra la covid-19?», nota 12, ISGlobal, 4 de junio 2020, p. 2.

³⁶ *Ibid.*, p. 4.

³⁷ KAUYA, J.-M., «Covid-19: Reaffirming State-People Governance Relationships», UN DESA *Policy Brief*, núm. 75, mayo de 2020, p. 3.

³⁸ VAN HO, T., «Covid-19 Symposium: A Time to Kill'Business as Usual», *Centring Human Rights in a Frustrated Economy*, 2 de abril de 2020, <http://opiniojuris.org/2020/04/02/covid-19-symposium-a-time-to-kill-business-as-usual-centering-human-rights-in-a-frustrated-economy-part-1/>.

países, como ya hace la AECID, y el apoyo a una gobernanza eficaz de la salud global son fundamentales.

Palabras clave: covid-19, empresas, derechos humanos, Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos, cooperación internacional.

Keywords: covid-19, business, human rights, United Nations Guiding Principles on business and human rights, international cooperation.

DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO/ *PUBLIC INTERNATIONAL LAW*

EMPRESAS, DERECHOS HUMANOS Y LA COVID-19: EL DEBER DEL ESTADO DE PROTEGER LA SALUD LABORAL Y EL EMPLEO

Claire BRIGHT*, Nicolas BUENO** e Irene PIETROPAOLI***

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL DEBER DEL ESTADO DE PROTEGER LOS DERECHOS HUMANOS.—3. EL DEBER DEL ESTADO DE PROTEGER LA SALUD LABORAL Y EL EMPLEO EN TIEMPOS DE LA COVID-19.—3.1. El deber del Estado de proteger los derechos humanos laborales.—3.2. El deber de proteger la higiene en el trabajo y la covid-19.—3.3. El deber de proteger el empleo y la covid-19.—4. REFLEXIÓN FINAL.

1. INTRODUCCIÓN

Frente a la pandemia de covid-19, las respuestas de las empresas no siempre suelen ser compatibles con la protección de los derechos humanos, y en particular los derechos laborales. Algunos ejemplos de repercusiones negativas de las actividades empresariales sobre los derechos humanos se refieren a la falta de medidas para proteger la salud, la seguridad y la higiene en el trabajo por ciertas empresas multinacionales¹. También puede mencionarse la cancelación o renegociación de pedidos existentes (con pagos sustancialmente inferiores a los acordados, o en plazos alargados), lo que afecta a los

* Assistant Professor, Universidad Nova de Lisboa (claire.bright@novalaw.unl.pt).

** Postdoctoral Researcher and Senior Lecturer in International Law, University of Zurich (nico-las.bueno@uzh.ch).

*** Research Fellow in Business and Human Rights, British Institute of International and Comparative Law (BIICL), Londres, Reino Unido (I.Pietropaoli@biicl.org). Los autores agradecen los comentarios y sugerencias de la Prof. Dra. Carmen Márquez-Carrasco y de la Dra. Laura Íñigo Álvarez sobre el presente artículo.

¹ EURONEWS, «El sector cárnico alemán afectado por los nuevos contagios de la covid-19», 11 de mayo de 2020, <https://es.euronews.com/2020/05/11/el-sector-carnico-aleman-afectado-por-los-nuevos-contagios-de-covid-19>.

trabajadores en las cadenas de suministro². En Bangladesh, por ejemplo, se canceló más de la mitad de la producción en proceso o ya completada en el sector de la confección, lo que dio lugar a pérdidas masivas de puestos de trabajo y trabajadores en suspensión temporal, y el 98 por 100 de los compradores se negaron a contribuir al costo del pago de los salarios parciales como se requería por la legislación nacional³.

Estos ejemplos ilustran, una vez más, las limitaciones de las normas en materia de respeto de los derechos humanos por parte de las empresas, que son principalmente voluntarias⁴, lo que significa que la mayoría de las empresas no cumplen con tales normas⁵, ya que no son obligatorias por ley, y ello implica que las empresas que cumplen puedan encontrarse en una situación de desventaja competitiva.

En este contexto, este artículo pretende ofrecer una reflexión sobre el papel del Estado a la hora de adoptar los marcos normativos apropiados para exigir —y no solamente incentivar— que las empresas tomen las medidas adecuadas para proteger la salud y el empleo en sus actividades y cadenas mundiales de suministro.

2. EL DEBER DEL ESTADO DE PROTEGER LOS DERECHOS HUMANOS

Los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos («Principios Rectores») establecen responsabilidades diferentes, pero complementarias entre Estados y empresas. Los Estados tienen el *deber* de proteger los derechos humanos en virtud del Derecho internacional, y las empresas tienen la *responsabilidad* de respetar los derechos humanos, lo que constituye un estándar de conducta global. El deber de proteger los derechos humanos significa que los Estados han de proteger a las personas que se encuentran en su territorio y/o jurisdicción frente a las violaciones de los derechos humanos cometidas por terceros, incluidas las empresas. Los Principios Rectores especifican que los Estados han de adoptar medidas adecuadas para prevenir, investigar, casti-

² BUSINESS AND HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTER, «Major apparel brands delay and cancel orders in response to pandemic, risking livelihoods of millions of garment workers in their supply chains», <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/major-apparel-brands-delay-cancel-orders-in-response-to-pandemic-risking-livelihoods-of-millions-of-garment-workers-in-their-supply-chains/>; CLEANCLOTHES, «How the coronavirus affects garment workers in supply chains», 31 de agosto de 2020, <https://cleanclothes.org/news/2020/live-blog-how-the-coronavirus-influences-workers-in-supply-chains>.

³ CONFEDERACIÓN SINDICAL INTERNACIONAL, «Hacia la diligencia debida obligatoria en las cadenas internacionales de suministro», 22 de junio de 2020, https://www.ituc-csi.org/IMG/pdf/duediligence_global_supplychains_es.pdf.

⁴ Véanse BRIGHT, C., MARX, A., PINEAU, N. y WOUTERS, J., «Towards a corporate duty for lead companies to respect human rights in their global value chains?», *Business and Politics*, 22(4), 2020, pp. 667-697.

⁵ CORPORATE HUMAN RIGHTS BENCHMARK (CHRB), *2020 Key Findings - Across Sectors: Agricultural Products, Apparel, Automotive manufacturing, Extractives & ICT Manufacturing*, 2020, <https://www.worldbenchmarkingalliance.org/publication/chr/b/>.

gar y reparar a través de políticas, legislación, reglamentación y adjudicación. Los Principios Rectores añaden también que los Estados tienen que establecer claramente la expectativa de que las empresas domiciliadas en su territorio o que se encuentren bajo su jurisdicción respeten los derechos humanos⁶.

La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos implica no causar daños⁷ y reparar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que hayan provocado o contribuido a provocar⁸. Para asumir su responsabilidad de respetar los derechos humanos, los Principios Rectores establecen que las empresas adopten un proceso de «diligencia debida en materia de derechos humanos para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo abordan su impacto sobre los derechos humanos»⁹. El proceso de diligencia debida permite a las empresas «saber y hacer saber que respetan los derechos humanos»¹⁰. Es particularmente importante en relación con las respuestas a la covid-19, puesto que las empresas que ya tenían procesos de diligencia debida adoptaron respuestas a la covid-19 más compatibles con los derechos humanos¹¹.

Los Principios Rectores instan a los Estados a adoptar una «combinación inteligente de medidas —nacionales e internacionales, obligatorias y facultativas— para promover el respeto de los derechos humanos por las empresas»¹². Sin embargo, la mayoría de las medidas adoptadas hasta hoy han sido desarrolladas con el objetivo de *incentivar*, y no de *obligar*, a las empresas a poner en marcha la debida diligencia en materia de derechos humanos. En efecto, el marco jurídico actual en materia de empresas y derechos humanos se caracteriza por la falta de obligaciones directas de las empresas en este ámbito. Ante dicha constatación, este artículo argumenta que el deber del Estado de proteger los derechos humanos implica que los Estados han de adoptar los marcos normativos para obligar a las empresas en su territorio y jurisdicción a poner en marcha procesos de diligencia debida en materia de derechos humanos en general, y dentro de estos, a adoptar una perspectiva específica de protección a los trabajadores frente a los riesgos de la covid-19. Este argumento está en línea con la *Observación general núm. 24* del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que afirma que¹³:

«La obligación de proteger entraña el deber positivo de adoptar un marco jurídico que exija que las empresas ejerzan la diligencia debida en materia de

⁶ Principio Rector 2.

⁷ Principio Rector 13.

⁸ Principio Rector 15 (c).

⁹ Principio Rector 15.

¹⁰ Comentario al Principio Rector 15.

¹¹ JANAKI, B., KAUFMAN, G. y SHUKLA, M., «Business Continuity During COVID-19 and Beyond: Surviving the Pandemic and Flourishing in its Wake», *Working Paper ESCP Business School*, Berlín, junio de 2020, <https://www.loening-berlin.de/wp-content/uploads/2020/08/Business-Continuity-During-COVID.pdf>.

¹² Comentario al Principio Rector 3.

¹³ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (CDESC), *Observación general núm. 24 (2017) sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales*, párr. 16.

derechos humanos a fin de identificar, prevenir y mitigar los riesgos de vulneración de los derechos del Pacto, evitar que se conculquen esos derechos y responder de las consecuencias negativas que hayan provocado o contribuido a provocar sus decisiones y operaciones y las de las entidades que controlan en el disfrute de los derechos consagrados en el Pacto. Los Estados deberían adoptar medidas como imponer los requisitos de la diligencia debida para prevenir las violaciones de los derechos del Pacto en la cadena de suministro de las empresas y por parte de los subcontratistas, proveedores, franquiciados u otros socios comerciales».

Ante la pandemia creada por la covid-19, la necesidad de proteger a los derechos humanos laborales refuerza el papel del Estado a la hora de exigir que las empresas ejerzan la diligencia debida para proteger la salud laboral y el empleo.

3. EL DEBER DEL ESTADO DE PROTEGER LA SALUD LABORAL Y EL EMPLEO EN TIEMPOS DE LA COVID-19

3.1. El deber del Estado de proteger los derechos humanos laborales

El Estado tiene varias obligaciones internacionales en cuanto a derechos laborales. Estas obligaciones internacionales se derivan primeramente de las convenciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ratificadas por el Estado así como de tratados de derechos humanos, y en particular el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (PIDESC)¹⁴. Este texto se centra únicamente en el deber del Estado de proteger contra las violaciones del derecho de toda persona a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (art. 7 PIDESC) y del derecho al empleo (art. 6 PIDESC) cometidas por empresas en el marco de la covid-19. Estas obligaciones derivadas de tratados internacionales se pueden distinguir según su carácter territorial interno o extraterritorial.

Dos documentos internacionales claves tratan de la protección de los derechos laborales por las empresas en un contexto globalizado además de los Principios Rectores. En primer lugar, la *Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social*¹⁵ de la OIT ofrece una orientación para las empresas multinacionales y los gobiernos en materia de condiciones de trabajo y de empleo¹⁶. En segundo lugar, el Capítulo V de la *Líneas Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) para Empresas Multinacionales*¹⁷ trata de empleo y relaciones laborales. Al contrario de los Principios Rectores y de la Declaración OIT,

¹⁴ *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (1966), 993 UNTS 3, que entró en vigor el 3 de enero de 1976.

¹⁵ OIT, *Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social*, 5.^a ed., 2017.

¹⁶ OIT, *Declaración tripartita...*, op. cit., nota 14, Introducción, p. V.

¹⁷ OCDE, *Líneas directrices para empresas multinacionales*, 2011.

las *Líneas Directrices de la OCDE* solo están dirigidas a empresas multinacionales¹⁸.

En lo que respecta a la covid-19, dos tipos de derechos laborales están particularmente afectados, y necesitan una protección especial por parte de las empresas multinacionales: el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, en particular el derecho a la higiene en el trabajo [art. 7.b) PIDESC] y el derecho al empleo (art. 6 PIDESC).

3.2. El deber de proteger la higiene en el trabajo y la covid-19

El derecho humano a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias contiene un subderecho a la seguridad y la higiene en el trabajo [art. 7.b) PIDESC]. En el marco de la covid-19, la cuestión de la higiene, la cual cubre la protección de la salud y la prevención de enfermedades profesionales, es particularmente relevante. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha definido recientemente el contenido de este derecho a la higiene en el trabajo en su *Observación general núm. 23*¹⁹. Aunque esta ha sido adoptada fuera del contexto de la covid-19, cada elemento de este derecho presentado a continuación es pertinente en el contexto de la covid-19.

Dentro del derecho a la higiene en el trabajo, los Estados parte del PIDESC deben adoptar una política nacional para prevenir los daños a la salud relacionados con el trabajo. Esta política debe abarcar todas las ramas de la actividad económica, incluidos los sectores formales e informales, y todas las categorías de trabajadores, incluidos los trabajadores en condiciones atípicas de empleo, los aprendices y los pasantes²⁰. Esta política nacional ha de indicar acciones específicas que se requieren de los empleadores en cuanto a la prevención y a la respuesta de enfermedades. Debe también incluir disposiciones apropiadas y establecidas con la participación de los interlocutores sociales para la aplicación y el seguimiento, por ejemplo, la realización de investigaciones efectivas. Finalmente, debe prever sanciones adecuadas en caso de infracciones, como el derecho de suspender las actividades de empresas que no sean seguras²¹.

El derecho a la higiene en el trabajo contiene además una obligación de documentación e información para promover una buena higiene al trabajo.

¹⁸ Véanse BUENO, N., «Multinational Enterprises and Labour Rights: Concepts and Implementation», en JANICE BELLACE, J. y TER HAAR, B. (eds), *Research Handbook on Labour, Business and Human Rights Law*, Edward Elgar, 2019, pp. 421-438, en relación con la responsabilidad de las empresas multinacionales en el ámbito de derechos laborales; GIL y GIL, J. L., «La responsabilidad de las empresas multinacionales por vulneración de los estándares laborales: una perspectiva global», *Lex Social*, vol. 10, 2020, núm. 2, pp. 6-70; SERVAIS, J.-M. «La regulación social transnacional de las empresas multinacionales», *Lex Social*, vol. 10, 2020, núm. 2, pp. 71-100.

¹⁹ CDESC, *Observación general núm. 23 (2016) sobre el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (artículo 7)*, UN Doc E/C.12/GC/23, 27 de abril de 2016, párrs. 25-30.

²⁰ *Ibid.*, párr. 26.

²¹ *Ibid.*, párrs. 27 y 54.

Con respeto a la documentación, el Estado debe promover la recopilación y difusión de datos fiables y válidos sobre enfermedades profesionales. Finalmente, los trabajadores deben estar protegidos contra medidas disciplinarias cuando hayan actuado de conformidad con la política nacional y los trabajadores enfermos deberían gozar de una licencia con sueldo para que puedan recibir tratamiento y para evitar el contagio de otros trabajadores²².

Jurídicamente, el subderecho a la higiene en el trabajo es típicamente un derecho humano que impone al Estado un deber de *proteger* contra violaciones cometidas por empresas (públicas y privadas). Este deber de proteger incluye la adopción de medidas para prevenir, investigar, castigar y reparar los abusos mediante leyes y políticas eficaces y el sometimiento a la justicia²³. Más específicamente, la *Declaración Tripartita* de la OIT añade que se debería conceder una indemnización a los trabajadores que hayan sufrido enfermedades profesionales²⁴. Es justamente para cumplir con su obligación de proteger que el concepto de debida diligencia debería ser utilizado, tal como está definido en los Principios Rectores. El deber del Estado de proteger el derecho a la higiene en el trabajo y evitar así casos de contagios de la covid-19 debería incluir, por tanto, el deber de adoptar una ley de debida diligencia que obligue a las empresas a identificar, prevenir, mitigar y responder a las consecuencias negativas de sus actividades sobre la salud de los trabajadores en el contexto de la pandemia. Además, debería existir un mecanismo de indemnización para los casos de contagios ocurridos en el trabajo que la aplicación correcta de la debida diligencia hubiera podido evitar.

Queda abierta la cuestión de saber si una obligación de proteger, en este caso el derecho a la higiene en el trabajo también existe en su ámbito extraterritorial²⁵. Sin embargo, la *Observación General núm. 23* lo deja bastante claro. En primer lugar, los Estados parte deberían exigir el respeto de este derecho por las empresas que se encuentran fuera de su territorio con las que realizan transacciones comerciales²⁶. En segundo lugar, también deberían adoptar medidas, incluidas medidas legislativas, para aclarar que las empresas domiciliadas en su territorio y/o bajo su jurisdicción, tienen la obligación de respetar este derecho a la higiene en el trabajo en todas las operaciones que realicen fuera de su territorio y garantizar que sean considerados responsables extraterritorialmente de las vulneraciones de este derecho²⁷.

En el marco de la covid-19, se debería afirmar la obligación del Estado de adoptar una legislación que exija que las empresas que procedan con la debida diligencia en materia de derechos humanos de respetar el derecho a

²² *Ibid.*, párrs. 27-28.

²³ *Ibid.*, párr. 59.

²⁴ OIT, *Declaración tripartita...*, *op. cit.*, nota 14, párr. 43.

²⁵ BUENO, N., «Corporate Liability for Violations of the Human Right to Just Conditions of Work in Extraterritorial Operations», *The International Journal of Human Rights*, vol. 25, 2017, núm. 5, pp. 565-588.

²⁶ CDESC, *Observación general núm. 23...*, *op. cit.*, nota 18, párr. 69.

²⁷ *Ibid.*, párr. 70.

la higiene en el trabajo para evitar casos de contagios en el trabajo, incluso en sus subsidiarias extranjeras y también en las empresas de su cadena de suministro. Aunque tal obligación podría ser una manera excepcionalmente efectiva de frenar la pandemia a nivel global, en toda ley de debida diligencia en este contexto extraterritorial se debería sin embargo enfatizar los estándares internacionales. Basadas en el concepto de debida diligencia de los Principios Rectores, dicha ley debería apoyarse así en la *Declaración* de la OIT y el Capítulo V de las *Líneas Directrices* de la OCDE que son algo más precisas en el ámbito laboral.

Ambos documentos recomiendan que las empresas multinacionales conduzcan procesos de debida diligencia en relación con los derechos fundamentales en el trabajo²⁸ para garantizar, en sus actividades, la salud en el lugar de trabajo²⁹. La referencia a «sus actividades» en las líneas de la OCDE se refiere a las actividades del grupo empresarial que incluye también a las subsidiarias. Después de identificar los posibles riesgos de contagios, las empresas multinacionales deberían facilitar a los representantes de los trabajadores, en todos los países en que operen, la información relativa a las normas en materia de salud. Deberían también desempeñar un papel destacado en el examen de las causas de los riesgos para la salud en el trabajo³⁰. El objetivo es mejorar el nivel de salud en el trabajo en todos los sectores de sus operaciones, incluso en aquellos casos en que no sea exigido formalmente por las reglamentaciones vigentes en los países en que operan³¹. Dejamos abierta la cuestión de una obligación de exigir de las empresas que controlan económicamente a otras empresas en la cadena de suministro de asegurarse que respetan las medidas de salud para evitar los contagios de la covid-19 en sus actividades.

3.3. El deber de proteger el empleo y la covid-19

Una cosa es proteger la salud de los trabajadores y otra distinta es asegurar el derecho al trabajo o, mejor dicho, a una actividad remunerada. Tal vez menos teorizado que el derecho a la salud en el trabajo, el derecho al trabajo es un derecho humano garantizado a nivel universal por el art. 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el art. 6 PIDESC³². El Comité de

²⁸ OIT, *Declaración tripartita...*, *op. cit.*, nota 14, párr. 10; OCDE, *Líneas directrices...*, *op. cit.*, nota 17, Capítulo V, comentario, párr. 50.

²⁹ OCDE, *Líneas directrices...*, *op. cit.*, nota 17, Capítulo V, párr. 4.c), y comentario, párr. 57.

³⁰ OIT, *Declaración tripartita...*, *op. cit.*, nota 14, párr. 44.

³¹ OCDE, *Líneas directrices...*, *op. cit.*, nota 17, Capítulo V, comentario, párr. 57.

³² BUENO, N., «Right to Work...», en BINDER, C. *et al.* (eds.), *Elgar Encyclopedia of Human Rights*, Edward Elgar, 2021 (forthcoming); SAUL, B., «Article 6: The Right to Work», en SAUL, B., KINLEY, D. y MOWBRAY, J. (eds.), *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Commentary, Cases, and Materials*, Oxford University Press, 2014; NUSSBERGER, A., «Right to Work, International Protection», en RÜDIGER, W. (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (edición en línea), Oxford University Press, 2007; SARKIN-HUGHES, J. y KOENIG, M., «Developing the Right to Work: Intersection and Dialoguing Human Rights and Economic Policy», *Human Rights Quarterly*, vol. 33, 2011, núm. 1.

Derechos Económicos, Sociales y Culturales también ha definido su contenido normativo en la *Observación general núm. 18*.

Entre varios subderechos, el derecho al trabajo comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante el trabajo³³. Este derecho es particularmente relevante en el contexto de la covid-19, donde han surgido extraordinarios episodios de desempleo. Significa que los Estados están obligados a tomar medidas para garantizar la disponibilidad del trabajo a través de la implementación de políticas de empleo hasta el máximo de los recursos de que dispongan³⁴. Este derecho contiene típicamente una obligación del Estado de «implementar» y no solo «proteger» el derecho al trabajo³⁵, que tiene una importancia fundamental en el diseño de planes de recuperación económica después de la covid-19, y no de «proteger» contra violaciones cometidas por terceros. Sin embargo, el derecho a ganarse la vida mediante el trabajo también impone una obligación de protección contra el despido improcedente. Basándose en el Convenio núm. 158 de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo, esto incluye disponer de recursos jurídicos en caso de despido improcedente. El hecho de no proteger frente al despido improcedente puede constituir una violación de la obligación del Estado de proteger el derecho al trabajo³⁶. Este derecho será de mayor importancia para asegurarse de que las empresas no utilicen el contexto de la covid-19 para implementar más fácilmente reestructuraciones que requieren despidos.

¿Podría esta obligación aplicarse en un contexto extraterritorial? Es decir, ¿debería el Estado asegurarse de que las empresas domiciliadas en su territorio respetan el derecho al trabajo en sus subsidiarias extranjeras y, que tienen en cuenta del impacto de sus decisiones sobre el derecho al trabajo de sus trabajadores y trabajadoras en la cadena de suministro? Desafortunadamente, la *Observación general núm. 18*, adoptada en anterioridad a de los Principios Rectores, no contienen ninguna información al respecto. Sin embargo, la responsabilidad de respetar los derechos humanos en los Principios Rectores claramente se aplica al derecho al trabajo como derecho del PIDESC³⁷. Jurídicamente, no existe un argumento para tratarlo de manera distinta de la utilizada en relación con el derecho a la higiene en el trabajo.

A este respecto, la *Declaración* de la OIT y el Capítulo V de las *Líneas Directrices* de la OCDE ofrecen orientaciones más detalladas para las empresas multinacionales sobre la cuestión del empleo. La *Declaración tripartita* de la OIT

³³ BUENO, N., «From the Right to Work to Freedom from Work: Introduction to the Human Economy», *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 33, 2017, núm. 4, pp. 463-487; *id.*, «Del derecho al trabajo a la libertad frente al trabajo: introducción a la economía humana», en CEREJEIRA NAMORA, N. *et al.* (eds.), *The Balance between Worker Protection and Employer Powers*, Cambridge Scholars Publishing, 2018, pp. 167-200.

³⁴ CDESC, *Observación general núm. 18: El Derecho al Trabajo*, UN Doc E/C.12/GC/18, 24 de noviembre de 2005, párr. 32.

³⁵ *Ibid.*, párr. 26.

³⁶ *Ibid.*, párr. 35.

³⁷ Principios rectores de la ONU, principio 12, comentario.

recomienda así que las empresas multinacionales, en particular cuando realicen sus operaciones en países en vías de desarrollo, deberían esforzarse por mejorar la seguridad y la estabilidad del empleo a largo plazo³⁸. Tanto la *Declaración* de la OIT como las *Líneas Directrices* de la OCDE establecen que cuando las empresas prevean cambios en sus actividades que puedan tener efectos significativos sobre los medios de subsistencia de sus trabajadores, como en el caso del cierre de una entidad que implique ceses o despidos colectivos, deben notificar dichos cambios con una antelación razonable a los representantes de sus trabajadores y colaborar para atenuar los efectos adversos³⁹. En todo caso, deberían evitarse los procedimientos de despido arbitrario⁴⁰.

4. REFLEXIÓN FINAL

La pandemia ha dado lugar a desafíos únicos para las empresas respecto a los derechos humanos. Estos incluyen los impactos en la salud asociados con las condiciones de trabajo, así como una gama más amplia de impactos en los derechos humanos, particularmente en relación con los derechos laborales. La aparición de estos riesgos ha llevado a los organismos internacionales a publicar directrices sobre una eficaz diligencia debida. En abril de 2020, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo publicó una herramienta de autoevaluación rápida de la covid-19 que permite a las empresas estudiar los impactos de sus operaciones en los derechos humanos⁴¹. La autoevaluación rápida destaca los riesgos e impactos sobre los derechos humanos que son comunes a muchas industrias. Varias empresas han expresado su voluntad de utilizar esta herramienta⁴². También en abril, la OCDE publicó un documento sobre la covid-19, que aboga por el uso de la diligencia debida para mitigar los impactos adversos de los esfuerzos de recuperación pospandémica⁴³.

Al nivel regional, apoyándose en las conclusiones de un estudio de 2020⁴⁴, la Unión Europea anunció en abril de 2020 el compromiso de la Comisión Europea de presentar una propuesta legislativa para introducir la diligencia

³⁸ OIT, *Declaración tripartita...*, *op. cit.*, nota 14, párrs. 16 y 33.

³⁹ *Ibid.*, párr. 34; OCDE, *Líneas directrices...*, *op. cit.*, nota 17, Capítulo V, párr. 6.

⁴⁰ OIT, *Declaración tripartita...*, *op. cit.*, nota 14, párr. 35.

⁴¹ PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, *Human Rights Due Diligence and covid-19: Rapid Self-Assessment for Business*, 10 de abril de 2020, <https://www.undp.org/content/undp/en/home/librarypage/democratic-governance/human-rights-due-diligence-and-covid-19-rapid-self-assessment-for-business.html>.

⁴² PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, *New tool to help businesses ensure human rights are respected in the covid-19 response and recovery period*, 1 de junio de 2020, <https://www.asia-pacific.undp.org/content/rbap/en/home/presscenter/pressreleases/2020/new-tool-to-help-businesses-ensure-human-rights-are-respected-in.html>.

⁴³ OCDE, *Covid-19 and Responsible Business Conduct*, abril de 2020, <https://mneguidelines.oecd.org/COVID-19-and-Responsible-Business-Conduct.pdf>.

⁴⁴ SMIT, L., BRIGHT, C., MCCORQUODALE, R., BAUER, M., DERINGER, H., BAEZA-BREINBAUER, D., TORRES-CORTÉS, F., ALLEWELDT, F., KARA, S., SALINIER, C. y TEJERO TOBED, H., *Study on due diligence requirements through the supply chain*, Final report, Directorate-General for Justice and Consumers, European Com-

debida obligatoria en el ámbito de los derechos humanos y del medio ambiente en 2021⁴⁵. En junio de 2020, el Parlamento Europeo publicó varios informes sobre la propuesta de legislación sobre diligencia debida obligatoria⁴⁶; la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos publicó una lista de «consideraciones clave» para las iniciativas de diligencia debida⁴⁷. La lista reconoce expresamente la necesidad de ejercitar la debida diligencia en el contexto de la pandemia y su papel potencial para ayudar a la recuperación. A este respecto, hay que indicar que la Unión Europea tiene un papel muy importante a la hora de asegurar que los Estados miembros cumplan con su obligación de adoptar medidas legislativas para regular el comportamiento de las empresas domiciliadas en su territorio o jurisdicción respecto al impacto sobre los derechos humanos de sus actividades y las de sus relaciones empresariales⁴⁸.

Estos desarrollos reducen significativamente la posibilidad de que las empresas traten la diligencia debida de derechos humanos como un ejercicio meramente voluntario. Por tanto, las empresas que adoptan un enfoque proactivo y riguroso de la debida diligencia no solo estarán en mejores condiciones para cumplir con cualquier desarrollo legislativo adicional en este área, sino que también mejorarán sus riesgos de impactos adversos en los derechos humanos derivados de la covid-19.

Palabras clave: covid-19, Derecho internacional, empresas, derechos humanos, derechos laborales, salud laboral, empleo.

Keywords: covid-19, international law, business, human rights, labour rights, workers' health, employment.

mission, 24 de febrero de 2020, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8ba0a8fd-4c83-11ea-b8b7-01aa75ed71a1/language-en>.

⁴⁵ BIICL, «BIICL-led due diligence study basis for European legislative initiative», 30 de abril de 2020, <https://www.biicl.org/newsitems/16415/biicl-led-due-diligence-study-basis-for-european-legislative-initiative>.

⁴⁶ PARLAMENTO EUROPEO, *Human Rights Due Diligence Legislation - Options for the EU*, junio de 2020, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/603495/EXPO_BRI\(2020\)603495_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/603495/EXPO_BRI(2020)603495_EN.pdf).

⁴⁷ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Mandatory Human Rights Due Diligence Regimes. Some Key Considerations*, junio de 2020, https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/MandatoryHR_Due_Diligence_Key_Considerations.pdf.

⁴⁸ Véase BUENO, N., y BRIGHT C., «Implementing Human Rights Due Diligence through Corporate Civil Liability», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 69, 2020, núm. 4, pp. 789-818.

EMPRESAS, DERECHOS HUMANOS Y LA COVID-19: LA CONDUCTA EMPRESARIAL RESPONSABLE EN LA *NUEVA NORMALIDAD**

Carmen MÁRQUEZ CARRASCO**
Daniel IGLESIAS MÁRQUEZ***

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EMPRESAS, DERECHOS HUMANOS Y LA COVID-19.—
3. LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN LA *NUEVA NORMALIDAD*.— 4. REFLE-
XIÓN FINAL.

1. INTRODUCCIÓN

1. En nuestros estudios previos sobre la materia de «empresas y derechos humanos» hemos venido señalando cuestiones que tienen relevancia para el Derecho internacional público, tales como la interacción entre el *soft law* y el *hard law* en la aplicación del Derecho internacional en los ordenamientos internos a propósito de la cuestión sobre cómo regular de manera efectiva en esta materia¹, la implementación nacional de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos por medio de los Planes de Acción Nacional², el fenómeno de la Organización Internacional y las diferentes perspectivas regionales, entre las que destaca la Unión Europea; el

* El presente comentario ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación «Gobernanza y aplicación de la responsabilidad social empresarial en la Unión Europea» (DER 2017-85834-R).

** Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Sevilla, email: cmarque@us.es.

*** Investigador posdoctoral «Juan de la Cierva» de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Sevilla, email: dimarquez@us.es.

¹ Entre otros, véase MÁRQUEZ CARRASCO, C., «Las relaciones entre el Derecho Internacional y la práctica interna en el ámbito de los derechos humanos y la responsabilidad de las empresas», *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 34, 2018, pp. 707-728.

² MÁRQUEZ CARRASCO, C., «La aplicación nacional de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos: el modelo español», en FERNÁNDEZ LIESA, C. (dir.), y LÓPEZ JACOISTE, M. E. (dir.), *Empresas y Derechos Humanos*, Madrid, Thomson-Reuters Aranzadi, 2018, pp. 88-108; MÁRQUEZ CARRASCO, C. (coord.), *La implementación de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos por la Unión Europea y sus Estados miembros*, Madrid, Thomson-Reuters Aranzadi, 2017, pp. 81-104.

papel de los actores no estatales en relación con instituciones generales del ordenamiento jurídico internacional (sujektividad, proceso de creación de normas y obligaciones jurídicas, responsabilidad), o bien con relación a la interacción de sectores especializados como el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional humanitario.

2. El Derecho internacional público se ha encontrado en este campo de desarrollo con un inmenso reto, como pone de relieve Martín-Ortega:

«Los escenarios de la globalización han traído consigo nuevos retos para el Derecho internacional en general y el Derecho internacional de los derechos humanos en particular. Uno de los desafíos a los que se enfrenta este ordenamiento jurídico es el de proporcionar los instrumentos necesarios para garantizar la protección efectiva del individuo frente a la actuación de actores no estatales, entre ellos las empresas multinacionales. Aunque en la actualidad encuentra aún numerosas dificultades teóricas y prácticas, este proceso está abocado a ser uno de los principales elementos del desarrollo futuro de nuestra disciplina»³.

3. En la actualidad nos encontramos además con procesos de desglobalización y contra-globalización, que han motivado las advertencias que instan a los gobiernos a prestar atención al creciente descontento y a la inseguridad económica en los países desarrollados⁴, sin obviar que la oleada de insatisfacción se extiende a todas las regiones del mundo y que ha sido el caldo de cultivo de las políticas proteccionistas, populistas y xenófobas. Sin duda «la cara oscura» de la globalización ha sido redescubierta por la academia y potenciada por el contexto de la pandemia de covid-19.

4. En este escenario de crisis, ante unas circunstancias extraordinarias y sin precedentes, el Derecho internacional público se manifiesta, como ante otros acontecimientos históricos que han marcado a la comunidad internacional, como un ordenamiento reactivo. Un ejemplo son las dos guerras mundiales, que, como ha indicado Carrillo Salcedo, llevaron a la cristalización de un conjunto de normas dedicadas a la protección internacional del individuo, generando así un nuevo paradigma del ordenamiento jurídico-internacional⁵. Van Klaveren ha señalado que «[e]l Derecho internacional no es un edificio normativo fijo. Es un cuerpo vivo en constante transformación, que refleja de manera imperfecta y no pocas veces con atraso, la propia evolución del sistema internacional»⁶. Esto implica que la capacidad de (re)acción del Derecho internacional público es limitada, ya que no se puede obviar que no ha sido capaz de responder de manera pronta y eficiente a retos globales que requieren de la actuación inmediata y cooperación entre los Estados, como

³ MARTÍN-ORTEGA, O., *Empresas multinacionales y derechos humanos en Derecho internacional*, Valencia, Bosch, 2008, nota de edición.

⁴ LAGARDE, Ch., «Making Globalization Work for All», <https://www.imf.org/en/News/Articles/2016/09/13/sp09132016-Making-Globalization-Work-for-All>.

⁵ CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía del Estado y derechos humanos en Derecho Internacional*, Madrid, Tecnos, 2001.

⁶ VAN KLAVEREN, A., «La política del derecho internacional en tiempos de crisis», *Estudios Internacionales*, vol. 49, 2017, núm. 187, p. 124.

las crisis económicas, la rápida degradación ambiental del planeta, o bien, la pandemia de covid-19 que ha afectado a la población de todo el planeta y que ha puesto en riesgo las estructuras e instituciones del Estado de Derecho.

5. En las siguientes páginas se aborda el análisis del impacto de la covid-19 en materia de empresas y derechos humanos centrado en el estudio de los retos y oportunidades para la promoción de una conducta empresarial responsable en la *nueva normalidad*.

2. EMPRESAS, DERECHOS HUMANOS Y LA COVID-19

6. La covid-19 y la crisis económica que la ha seguido indefectiblemente han causado un enorme impacto en todo el mundo. La afectación en los derechos humanos se ha producido tanto por parte de los Estados como de las empresas, que participan en los distintos niveles de las cadenas de suministros globales. Ante la limitada extensión de este comentario, nos centraremos en las segundas para señalar que la actual emergencia sanitaria confirma el impacto significativo de las actividades y decisiones de las empresas sobre los derechos y libertades fundamentales de las personas.

7. Ahora bien, siquiera brevemente queremos subrayar el papel de los Estados puesto que la pandemia ha generado una crisis global multinivel y multisectorial que requiere respuestas y acciones solidarias basadas en los principios y las normas del Derecho internacional, prestando especial atención al Derecho internacional de los derechos humanos⁷, con el fin de hacer frente a un virus que no entiende de fronteras y que, por ende, sus impactos —desproporcionados y diferenciados— afectan a todos los países. No obstante, en su mayoría, y a pesar de la invocación del Secretario General de las Naciones Unidas⁸, los Estados han optado por actuar de manera individual mediante la declaración de estados de alarma como en España, o de estados de emergencia en Italia, o la utilización de mecanismos constitucionales como en Bélgica, o instrumentos legislativos como en Francia y Alemania, que les ha atribuido poderes o facultades excepcionales para llevar a cabo «intervenciones no farmacéuticas»⁹, o en su defecto, se han inclinado por otro tipo de

⁷ Véase la *web* de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la covid-19 y sus dimensiones de derechos humanos. Disponible en <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/COVID-19.aspx>.

⁸ En abril de 2020, António Guterres expresaba su preocupación por los efectos de la pandemia que amenazan a todas las personas y señalaba expresamente que «*[w]e are all in this together*» (estamos juntos en esto). Véase «We are all in this Together: Human Rights and covid-19 Response and Recovery», <https://www.un.org/en/un-coronavirus-communications-team/we-are-all-together-human-rights-and-covid-19-response-and>.

⁹ En el marco de los Estados de emergencia, los gobiernos han adoptado medidas de distinta naturaleza que incluyen cuarentena, distanciamiento o aislamiento social, cierre de escuelas y negocios, limitaciones de circulación a nivel nacional e internacional, así como orientaciones preventivas de higiene personal y comunitaria. Para un panorama comparado de las medidas adoptadas por los Estados por la emergencia de la covid-19, véase GONZÁLEZ MARTÍN, N. y VALADÉS, D. (coords.), *Emergencia Sanitaria por la covid-19. Derecho constitucional comparado*, Ciudad de México, Instituto de Investiga-

medidas más flexibles que respondían principalmente a las necesidades del mercado y que permitían activar sus economías lo antes posible, a pesar de los riesgos de contagio que implica para la población. En cualquiera de los casos, se ha manifestado globalmente una diversificación en las respuestas de los Estados a la pandemia de covid-19 que, de inmediato, mediano y largo plazo han implicado notables afectaciones e impactos sobre los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Derecho internacional¹⁰. De hecho, el contexto de pandemia ha expuesto violaciones de derechos humanos y exacerbado las desigualdades existentes en las sociedades contemporáneas y que afectan, principalmente, a los grupos más desfavorecidos y marginados¹¹.

8. Las respuestas unilaterales del sector privado han sido clave para el disfrute —o no— de los derechos humanos en el contexto de pandemia y, sobre todo, han demostrado los valores a los que responden sus actividades. Algunas empresas han llevado a cabo acciones filantrópicas dentro del marco tradicional de la responsabilidad social corporativa, que consisten en la donación y producción de materiales sanitarios como mascarillas o alcohol de uso sanitario¹². Otras han adoptado medidas para proteger los derechos de sus trabajadores y consumidores, que incluyen el teletrabajo, a pesar de la negativa de algunos Estados de afectar con el confinamiento el funcionamiento normal de sus economías, o la limitación del acaparamiento y del aumento de los precios de los productos frente a las compras de pánico¹³. Esto contrasta con el comportamiento de otras empresas, como algunas que forman parte del sector textil y que han llevado a cabo despidos masivos de trabajadores con contratos temporales o precarios y con bajos salarios¹⁴. O bien, otras han seguido operando sin las medidas sanitarias necesarias para evitar el riesgo de contagio de sus trabajadores¹⁵.

ciones Jurídicas-UNAM, 2020. Para un análisis de las medidas adoptadas frente a la covid-19 por siete Estados europeos, véase el documento de análisis encargado por el PARLAMENTO EUROPEO, «States of Emergency in Response to the Coronavirus Crisis: Situation in Certain Member States», [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/649408/EPRS_BRI\(2020\)649408_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/649408/EPRS_BRI(2020)649408_EN.pdf).

¹⁰ VILLARREAL, P. A., «Las medidas sanitarias de respuesta a la pandemia de covid-19: derechos humanos en tensión», en GONZÁLEZ MARTÍN, N. (coord.), *Emergencia Sanitaria por la covid-19: Reflexiones desde el Derecho (I)*, Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2020, pp. 39-42.

¹¹ THE DANISH INSTITUTE FOR HUMAN RIGHTS, «covid-19 Response and Recovery Must Build on Human Rights and SDGs», 2020. Disponible en <https://www.humanrights.dk/sites/humanrights.dk/files/media/Covid-19%20response%20and%20recovery%20must%20build%20on%20human%20rights%20and%20SDGs%20.pdf>.

¹² TREVIÑO LOZANO, L., «Corporate responsibility to respect human rights: lessons from covid-19 beyond the UNGPs», *Cambridge Core blog*, 2020, <https://www.cambridge.org/core/blog/2020/04/02/coronavirus-human-dignity-and-the-new-normality/>.

¹³ Sobre las buenas prácticas corporativas que se alinean con la responsabilidad de respetar los derechos humanos en el contexto de la pandemia de covid-19, véase TRIPATHI, S., «Companies, covid-19 and Respect for Human Rights», *Business and Human Rights Journal*, 2020, pp. 1-9.

¹⁴ ECCHR, «Garment supply chains in intensive care? Human rights due diligence in times of (economic) crises», 2020. Disponible en https://www.ecchr.eu/fileadmin/Publikationen/ECCHR_PP_SUPPLYCHAINS_COVID_EN.pdf.

¹⁵ DONTOH, E. y IBUKUN, Y., «A Fish-Factory Worker Infects 553 People with Covid-19 in Ghana», *Bloomberg*, 2020, <https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-05-11/ghana-fish-factory-worker-infects-533-people-as-virus-cases-jump>.

9. Las respuestas de algunas empresas frente a la covid-19 deja entrever que la falta de obligaciones directas de las empresas en virtud del Derecho internacional de los derechos humanos no es ningún impedimento para que lleven a cabo sus actividades y decisiones de conformidad con los principios y estándares de derechos humanos reconocidos internacionalmente. Por un lado, esto implica que las empresas deben tener en cuenta las implicaciones y consideraciones sociales, laborales y ambientales de sus acciones y de las de sus cadenas de suministro y, por otro lado, que deban actuar y responder a la altura de dichas preocupaciones y consideraciones.

10. Se debe recordar que en este contexto son aplicables los Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos, que constituyen el marco de estándares autorizado y globalmente reconocido sobre los deberes del Estado y las responsabilidades de las empresas para prevenir y afrontar los impactos adversos impactos en los derechos humanos relacionados con la actividad empresarial¹⁶.

3. LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN LA NUEVA NORMALIDAD

11. Por ende, en la *nueva normalidad* hay cabida para materializar el Pilar II sobre la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos que, si bien no es jurídicamente vinculante, comporta una norma de conducta mundial aplicable a todas las organizaciones. La responsabilidad de respetar los derechos humanos consiste en que las empresas deben identificar, prevenir, mitigar y responder de las consecuencias negativas de sus actividades y decisiones sobre los derechos humanos a través de la diligencia debida en materia de derechos humanos, que es un concepto que ha sido integrado en las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales y en la versión revisada de la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la Organización Internacional del Trabajo, así como en otros instrumentos que promueven una conducta empresarial responsable.

12. Como se ha descrito anteriormente, durante la pandemia de covid-19 se ha producido un incremento de los impactos de las empresas sobre los derechos humanos y, por ello, se hizo un importante llamamiento a las empresas a implementar procesos diligencia debida según los Principios Rectores para gestionar los impactos de sus operaciones en los derechos humanos¹⁷.

¹⁶ Véase «Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar». Disponible en https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf.

¹⁷ Véase «Ensuring that business respects human rights during the Covid-19 crisis and beyond: The relevance of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights. Statement by the UN Working Group on Business and Human Rights». Disponible en <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25837&LangID=E>.

En este sentido, el PNUD publicó en abril de 2020 una herramienta de Autoevaluación Rápida C19 que contenía una serie de acciones de diligencia debida a tomar en consideración por las empresas en sus respuestas frente a la covid-19¹⁸.

13. El papel de los Estados para garantizar una conducta empresarial responsable durante la crisis y la recuperación es clave. El Pilar I, el deber del Estado de proteger los derechos humanos, se basa en la obligación fundamental de los gobiernos de proteger a los titulares de derechos, que se aplica tanto en circunstancias normales como en tiempos de crisis. Los Estados deben actuar resueltamente para enfrentar la pandemia, y también deben enfrentar con decisión los choques económicos que están teniendo un impacto negativo en las personas en todo el mundo, tanto ahora como en el futuro previsible¹⁹.

14. Las medidas estatales para promover prácticas empresariales de diligencia debida son fundamentales. En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Resolución 1/2020 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre Pandemia y Derechos Humanos en las Américas recomendaba a los gobiernos exigir y vigilar que las empresas adopten procesos de debida diligencia de derechos humanos y rindan cuentas ante posibles abusos e impactos negativos sobre los derechos humanos, particularmente por los efectos que los contextos de pandemia y crisis sanitarias infecciosas suelen generar sobre los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de las poblaciones y grupos en mayor situación de vulnerabilidad y, en general, sobre en condiciones de precariedad, las personas con condiciones médicas sensibles y las comunidades locales²⁰.

De cara a futuras crisis, la diligencia debida contemplada en los Principios Rectores debe formar parte del núcleo de la economía global en la *nueva normalidad*. En este sentido, el Parlamento Europeo ha expresado su convencimiento de que «el deber de diligencia de las empresas en materia de derechos humanos y de medio ambiente es condición necesaria para prevenir y mitigar futuras crisis y garantizar cadenas de valor sostenibles»²¹.

15. En el paradigma hegemónico del «*business as usual*» del modelo económico global, el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos y las empresas revela que aún son pocas las empresas que llevan a cabo en la práctica procesos de diligencia debida para responder por los

¹⁸ PNUD, «Derechos humanos y diligencia debida a la covid-19: Autoevaluación rápida para empresas», <https://www.undp.org/content/undp/en/home/librarypage/democratic-governance/human-rights-due-diligence-and-covid-19-rapid-self-assessment-for-business.html>.

¹⁹ Los datos estimados por la OIT señalan que afectan a unos 2.700 millones de trabajadores en todo el mundo, y según el FMI la economía mundial enfrenta la peor recesión desde la Gran Depresión de los años treinta.

²⁰ CIDH, *Resolución 1/2020 sobre Pandemia y Derechos Humanos en las Américas*, Washington D. C., CIDH, párr. 19.

²¹ Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de abril de 2020, sobre la acción coordinada de la Unión para luchar contra la pandemia de covid-19 y sus consecuencias [2020/2616(RSP)], párr. 68.

efectos adversos, potenciales y reales, sobre los derechos humanos causados por sus actividades, por sus productos o por los servicios prestados por sus relaciones comerciales²². Debido al carácter no vinculante de los Principios Rectores, no existe una práctica estandarizada respecto a la implementación de la diligencia debida en materia de derechos humanos por parte de las empresas, sino más bien predomina la expectativa social de que adoptarán las medidas necesarias para prevenir abusos de derechos humanos. Al respecto, los resultados de la evaluación del *Corporate Human Rights Benchmark* sobre el desempeño de las actividades de 200 de las empresas más grandes del mundo revelan que la mayoría no están implementando procesos de diligencia debida según los criterios de los Principios Rectores²³.

16. A su vez, son pocos todavía los Estados que recurren a la legislación para imponer a las empresas requisitos *obligatorios* de diligencia debida en sus operaciones y cadenas de suministro. En Francia, por ejemplo, se aprobó la *Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre* en 2017. Esta ley impone a las empresas que se encuentran bajo su ámbito de aplicación la obligación de elaborar y publicar un «plan de vigilancia» que incluya las medidas razonables orientadas a identificar los riesgos y prevenir violaciones de derechos humanos y daños ambientales, que resulten de sus actividades o de sus subcontratistas o proveedores con una relación comercial establecida. En Países Bajos se adoptó en 2019 la ley de debida diligencia de derechos humanos sobre trabajo infantil. Otros desarrollos similares son la *California Transparency in Supply Act* de 2010, la Sección 1502 de la *Dodd Franck Act* sobre minerales de conflicto, la ley de *Modern Slavery* de 2015 de Reino Unido, y la Ley australiana de 2018. En el marco de la Unión Europea destacan la Directiva sobre divulgación de información no financiera y el Reglamento sobre minerales de zonas de conflicto. En países como Suiza, Alemania, Australia, Bélgica y Finlandia, entre otros, existen actualmente propuestas de iniciativas legislativas similares a las señaladas²⁴.

17. Ante tal panorama, el futuro tratado sobre empresas y derechos humanos negociado en el seno del Consejo de Derechos Humanos debe estimarse como un instrumento internacional con el potencial de transformar las prácticas empresariales en la economía global de la *nueva normalidad*²⁵. El futuro instrumento puede servir como catalizador para que los Estados impongan a las empresas requisitos de diligencia debida en sus operaciones y

²² Véase «Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas», 16 de julio de 2018, UN Doc. A/73/163, párr. 24-36.

²³ THE CORPORATE HUMAN RIGHTS BENCHMARK, *2019 Key Findings Across Sectors: Agricultural Products, Apparel, Extractives & ICT Manufacturing*, CHR, 2019, p. 4.

²⁴ Para más información sobre el proceso y el contenido de las iniciativas propuesta en diversos Estados, véase ECCJ, «Mapping mHRDD progress in Europe: map and comparative analysis of mHRDD laws and legislative proposals», 2020. Disponible en: http://corporatejustice.org/documents/publications/eccj/eccj_hrdd_pcl-comparative-table-2019-final.pdf.

²⁵ IGLESIAS MÁRQUEZ, D., «Hacia la adopción de un tratado sobre empresas y derechos humanos: viejos debates, nuevas oportunidades», *Revista Deusto de Derechos Humanos*, 2019, núm. 4, pp. 145-176.

en sus cadenas de suministro. Es decir, se espera que, con el tratado en vigor, los Estados adopten legislación interna sobre diligencia debida obligatoria en materia de derechos humanos como mecanismo de prevención de abusos corporativos que afecten el disfrute de los derechos humanos. El art. 5 de la versión revisada del Proyecto del tratado, de julio de 2019, obra del Grupo de Trabajo Intergubernamental de composición abierta encargado de la elaboración del instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas y derechos humanos²⁶, contiene la obligación de los Estados de asegurar en su legislación interna que todas las personas que realizan actividades empresariales, incluidas las de carácter transnacional, respeten los derechos humanos y prevengan las violaciones o abusos de derechos humanos. Para ello, se prevé que los Estados Parte adopten las medidas necesarias para la implementación de procesos de diligencia debida en todas las actividades empresariales²⁷.

4. REFLEXIÓN FINAL

18. En suma, la diligencia debida en materia de derechos humanos es una de las herramientas de las que disponen los Estados y las empresas en la *nueva normalidad* para transformar el paradigma del «*business as usual*» que rige en el actual modelo económico. Este proceso tiene el potencial de identificar e incidir en los problemas estructurales de las operaciones de las empresas que afectan el disfrute de los derechos humanos y el medio ambiente. Asimismo, permite a las empresas responder de manera pronta y efectiva a los múltiples desafíos de derechos humanos en una —futura— situación de crisis.

Palabras clave: covid-19, derecho internacional, empresas, derechos humanos, Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos.

Keywords: covid-19, international law, business, human rights, United Nations Guiding Principles on business and human rights.

²⁶ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, «26/9 Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos», 14 de julio de 2014, A/HRC/RES/26/9.

²⁷ Véase «Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises», https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/OEIGWG_RevisedDraft_LBI.pdf.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO/ *PRIVATE INTERNATIONAL LAW*

VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS EN LAS CADENAS DE SUMINISTRO EN TIEMPOS DE PANDEMIA: REACCIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y DILIGENCIA DEBIDA

M.^a Pilar DIAGO DIAGO*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. MUESTRA DE LOS PROBLEMAS CAUSADOS POR LA CRISIS DE LA COVID-19 EN LAS CADENAS DE SUMINISTRO.—3. REACCIONES LEGISLATIVAS DE LA UNIÓN EUROPEA: LA NUEVA ESPERANZA.—3.1. Proyecto de Directiva sobre diligencia debida en la cadena de suministro.—3.2. Proyecto de modificación de los Reglamentos Bruselas I bis y Roma II.—3.2.1. Nuevo apdo. 5 en el art. 8.—3.2.2. Nuevo art. 26.a).—3.2.3. Modificación del Reglamento Roma II.—4. CONSIDERACIONES FINALES.

1. INTRODUCCIÓN

1. El segundo bloque de problemas causados por la pandemia es el que impacta directamente en los derechos laborales de los trabajadores y en las cadenas de suministro. Si no era fácil leer las consecuencias que la crisis sanitaria ha generado respecto del acaparamiento de tierra, el sector extractivo y la incidencia sobre los pueblos indígenas, que con tanta claridad y acierto ha expuesto el Profesor Zamora Cabot y la Profesora Marullo, tampoco lo va a ser leer esta sección del Foro.

2. La crisis de la pandemia nos ha abierto los ojos a una realidad primaria, que esconde otra realidad que alcanza al otro extremo de las cadenas de suministros mineros, textiles, agroalimentarios, etc. La Unión Europea no es autosuficiente, tiene que abastecerse de recursos necesarios para la vida de los ciudadanos. Valga como ejemplo que nos afecta directamente, el que España no es autosuficiente para fabricar material sanitario tan necesario

* Catedrática de Derecho Internacional Privado, Universidad de Zaragoza, mpdiago@unizar.es. Todas las páginas *web* de referencia han sido consultadas por última vez el 26 de enero de 2020.

como las mascarillas o los respiradores. No tenemos, como no tiene la Unión, recursos propios¹.

3. Esta realidad hace que entren en juego nuestras empresas multinacionales que establecen cadenas de suministro, en muchas ocasiones muy complejas, que nos permiten el abastecimiento. Hasta aquí, nada novedoso si no fuera porque las turbulencias económicas, generadas por la crisis sanitaria, han afectado directamente a los últimos eslabones más frágiles de la cadena: los trabajadores.

4. Situaciones de violación de derechos humanos que no estaban corregidas se han visto aumentadas y, a su vez, se han producido otras nuevas que hieren la sensibilidad de toda persona con un mínimo de conciencia ética: trabajo esclavo, trabajo infantil, despidos improcedentes, salarios impagados, trabajadores desprotegidos, riesgo para la salud y la seguridad, enfermedad, miseria, hambre.

5. En el primer eslabón de la cadena se sitúan las multinacionales. Muchas de ellas tienen su domicilio en diferentes Estados de la Unión Europea. Cuentan con unas estructuras y entramados estratégicos que les otorgan «inmunidad» frente a la violación de derechos fundamentales, que se generan en diferentes estadios de las cadenas de suministro, que ellas mismas han creado.

6. Pues bien, con esta aportación al Foro se va a poner de relieve el alcance dramático de estas situaciones, que son núcleo de litigaciones transfronterizas presentes y futuras. El Derecho internacional privado, en la actualidad, cuenta con pocas herramientas efectivas para lograr vencer la inmunidad de «nuestras» multinacionales; ahora bien, una esperanza se abre en el horizonte. El Parlamento Europeo ha reaccionado y la semilla de una posible futura Directiva sobre diligencia debida en la cadena de suministro y las modificaciones de los Reglamentos Bruselas I bis y Reglamento Roma II de la Unión Europea ya se han sembrado. A su presentación y análisis se dedica también este trabajo.

2. MUESTRA DE LOS PROBLEMAS CAUSADOS POR LA CRISIS DE LA COVID-19 EN LAS CADENAS DE SUMINISTRO

7. Los atropellos a los derechos humanos de aquellas personas cuyo trabajo es tan necesario para nuestras vidas (pensemos en los trabajadores que cosen las mascarillas y/o nuestra ropa, los que extraen minerales, cultivan la tierra, etc.) no han pasado desapercibidos por Naciones Unidas. Como ya se ha comentado en la introducción a este Foro, el Grupo de Trabajo de las Na-

¹ La Unión Europea ha determinado que existen 27 materias primas fundamentales para la Unión Europea, de las que solo cuatro se extraen en Europa: «¿Es España autosuficiente en recursos minerales en un contexto de cierre de fronteras por el coronavirus», Ilustre Colegio Oficial de Geólogos, disponible en <https://cgeologos.es/noticia/es-espana-autosuficiente-en-recursos-minerales-en-un-contexto-de-cierre-de-fronteras-por-el-coronavirus>.

ciones Unidas sobre Empresas y Derechos humanos emitió una declaración exigiendo que las empresas respeten los derechos humanos durante la crisis de la covid-19 y después².

8. Esta declaración pone de manifiesto la vulnerabilidad de los trabajadores de las economías, tanto desarrolladas como en desarrollo, que sufren reiterados abusos en sus derechos humanos, a la par que se amplifican las desigualdades de manera creciente. A continuación se va a ofrecer una pequeña muestra que ilustra la situación lamentable que se produce en muchas cadenas de suministro que, no olvidemos, tienen su origen en los Estados de la Unión Europea.

9. El primer ejemplo nos transporta a la República Democrática del Congo y tiene como protagonistas a las empresas multinacionales del sector de la minería del cobre y del cobalto y a sus mineros. 11 organizaciones congoleñas e internacionales de derechos humanos han dirigido una carta a 13 empresas mineras exigiendo el respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores en la crisis de la pandemia³.

10. Las organizaciones sindicales y diversos informes han dado a conocer que las empresas han confinado a los trabajadores en sus lugares de trabajo, bajo amenaza de despido. En seis minas los trabajadores han sido confinados más de dos meses. Las condiciones de hacinamiento y de falta de material de protección los ha llevado a enfermar. En ocasiones, se les ha obligado a trabajar por encima de las ocho horas, sin compensación alguna. Varias de las grandes empresas mineras que operan en este país son multinacionales con sedes en Estados de la Unión Europea, Suiza, Canadá o China.

11. El segundo ejemplo nos lleva a Qatar y a un hecho inédito en ese país, hasta ahora. El 22 de mayo de 2020, los medios de comunicación se hicieron eco de una protesta protagonizada por un centenar de trabajadores inmigrantes por el impago de sus salarios. La mayoría de estos trabajadores pertenecen al sector de la construcción. La crisis sanitaria se ha hecho presente y se han producido numerosos contagios acompañados de una oleada de despidos. Las suspensiones salariales son presentadas como permisos no remunerados⁴.

12. Esta situación ha sido denunciada por *Le Monde* respecto del grupo francés Altrad que opera en las obras de construcción del Golfo. En concreto,

² Declaración del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos, «Asegurarse de que las empresas respeten los derechos humanos durante la crisis de la covid-19 y después: La relevancia de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos», disponible en <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25837&LangID=S>.

³ «Public Letter to Industrial Copper-Cobalt Mining Companies Operating in Lualaba/Haut Katanga», disponible en https://www.raid-uk.org/sites/default/files/letter_to_drc_mining_companies_from_civil_society_eng-french_11-06-2020.pdf.

⁴ El detonante de la denuncia se produjo por la publicación de un vídeo de un trabajador en el que se grabó las protestas. Para visonar el vídeo y para más información véase <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/qatar-more-than-100-migrant-workers-stage-rare-protest-over-unpaid-wages/>.

los trabajadores reclaman a la empresa AMB-Hertel, una filial emiratí de la multinacional francesa Altrad, con sede, precisamente, en Francia, en concreto en Montpellier⁵.

13. Estos ejemplos, junto con los excelentemente documentados en la aportación a este Foro por mis colegas internacional-privatistas, ponen de relieve la existencia de elementos internacionales y, por ende, la atracción inmediata de los posibles litigios, al Derecho internacional privado. Las ramificaciones de las cadenas de suministro hunden sus raíces en países lejanos, pero su origen se encuentra en multinacionales que tienen su domicilio en países con altos estándares en derechos humanos, como son los Estados de la Unión Europea. Ello dibuja un contexto para los litigios transfronterizos que requiere un análisis especial.

3. REACCIONES LEGISLATIVAS DE LA UNIÓN EUROPEA: LA NUEVA ESPERANZA

14. El Parlamento Europeo ha solicitado a la Comisión que presente una propuesta legislativa sobre diligencia debida obligatoria de las cadenas de suministro, siguiendo sus recomendaciones. En concreto, este mes de septiembre se presentaba la propuesta de Resolución del Parlamento Europeo que incorpora como anexo una posible propuesta de Directiva sobre diligencia corporativa y responsabilidad corporativa. El anexo contiene, a su vez, otra posible propuesta (muy interesante desde la perspectiva internacional privatista) relativa a la modificación de los Reglamentos ya mencionados⁶. El objetivo global de esta iniciativa es cambiar las «reglas del juego» en la litigación transfronteriza relativa a demandas civiles relacionadas con empresas por violación de derechos humanos dentro de las cadenas de suministro.

3.1. Proyecto de Directiva sobre diligencia debida en la cadena de suministro

15. Los parámetros en los que se mueve esta iniciativa responden a dos de los tres pilares del marco establecido por los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos: proteger, respetar y remediar. La diligencia debida es el mecanismo que hace operativo el segundo pilar, como así se declara en el informe.

16. El carácter voluntario de la diligencia debida es la mayor de sus debilidades, que conduce a un efecto limitado en la práctica. Por ello, la Unión

⁵ *Le Monde* señala que el grupo, que cuenta con 15.000 empleados en el Golfo, está dirigido por su fundador, Mohamed Altrad, que posee la tercera fortuna mayor de Francia, https://www.lemonde.fr/economie/article/2020/06/05/dans-le-golfe-le-cauchemar-des-ouvriers-d-altrad_6041858_3234.html.

⁶ PARLAMENTO EUROPEO, «Draft report with recommendations to the Commission on corporate due diligence and corporate accountability» [2020/2129(INL)] PR\1212406EN.docx.

Europea decide romper esta inercia con el establecimiento de parámetros obligatorios de diligencia debida a nivel de la Unión Europea. Esta medida debe ser bien acogida, puesto que crea un marco de seguridad preventiva en el que las empresas, se espera, que respeten los derechos humanos conforme a estándares armonizados.

17. La realidad de la pandemia ha demostrado que las cadenas de suministro más sostenibles no se han visto tan afectadas, y por ello estas medidas deben ser presentadas como ventajas competitivas para las empresas que operan dentro de la Unión. Esta misma idea tuvo ocasión de desarrollarla en relación con la joyería responsable y los minerales y diamantes de conflicto⁷. A mi parecer, y más allá de la obligatoriedad de la normativa, la clave para la implantación de estas medidas está en lograr convencer a las empresas del beneficio que les reporta cuidar sus cadenas de suministro y hacerlas más éticas y responsables⁸.

18. El objetivo de lo que podría llegar a ser una futura Directiva es garantizar que las empresas que operan en el mercado interior cumplan su deber de respetar los derechos humanos, el medio ambiente y la buena gobernanza, y no originen ni contribuyan a la violación de los derechos humanos en sus actividades y sus relaciones comerciales (art. 1). Se establecen, además, mecanismos de reclamación (arts. 9 y 10).

19. Las empresas identificarán y evaluarán los riesgos, establecerán la estrategia con las especificaciones que contiene la posible propuesta de Directiva y publicarán dicha estrategia. Se prevén controles y sanciones. A los efectos de futuras litigaciones transfronterizas conviene llamar la atención sobre algo que puede pasar desapercibido, pero que puede ser muy importante en la práctica forense. Esta normativa de carácter imperativo pasa a integrar las leyes de policía del foro, con lo que ello supone en el juego del art. 16 del Reglamento Roma II.

3.2. Proyecto de modificación de los Reglamentos Bruselas I bis y Roma II

20. Informes publicados por la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA), como el que ha visto la luz hace escasos días sobre negocios y derechos humanos⁹, ponen de relieve los problemas graves que suscita la litigación internacional en este contexto. El tercer pilar de Naciones Unidas «reparar» tenía que ser implementado para facilitar el acceso a los recursos judiciales a las víctimas de los abusos empresariales. Con este fin, el informe incorpora, en primer lugar, modificaciones en el ámbito del Reglamento Bruselas I bis. En concreto, dos:

⁷ DIAGO DIAGO, M.^a P., «Minerales y diamantes de conflicto: mecanismo de control y diligencia debida en tiempos de ODS», *CED*, 2020, núm. 63, pp. 153-182.

⁸ V. 8 y 9.

⁹ FRA, «Business and human rights - access to remedy», de 5 de octubre de 2020, disponible en <https://fra.europa.eu/en/publication/2020/business-human-rights-remedies#TabPubKeyfindings1>.

3.2.1. *Nuevo apdo. 5 en el art. 8*

«(5) In matters relating to business civil claims for human rights violations within the value chain within the scope of Directive xxx/xxxx on Corporate Due Diligence and Corporate Accountability, an undertaking domiciled in a Member State may also be sued in the Member State where it has its domicile or in which it operates when the damage caused in a third country can be imputed to a subsidiary or another undertaking with which the parent company has a business relationship within the meaning of Article 3 of Directive xxx/xxxx on Corporate Due Diligence and Corporate Accountability».

21. Este precepto es la reacción a las graves dificultades que implica tratar de franquear el velo empresarial de multinacionales que, a lo largo de la cadena de suministro, operan a través de filiales, subcontratistas y proveedores. Este artículo permitiría a las víctimas traspasar el velo corporativo y litigar en el Estado miembro del domicilio de la empresa, o en el que opera, en los casos en que el daño causado en el tercer país pueda imputarse a una filial o a otra empresa con la que la matriz tenga la relación comercial.

22. Obsérvese que este precepto no puede entenderse fuera del contexto de la que podría ser la futura Directiva, que requiere una adecuada transposición al Derecho interno de los Estados miembros. Al respecto, quizá debería haberse evaluado la conveniencia de aprobar un Reglamento y no una Directiva, lo que hubiera dado mucha más fuerza a la iniciativa.

23. Además, resulta crucial para su correcta interpretación que se tengan en cuenta las definiciones que la Directiva aporta en su art. 3. No solo las relativas a la «relación comercial», sino a las de «proveedores», «subcontratistas» y «cadena de valor». A su vez, debería delimitarse con mayor precisión el alcance de la norma, en lo que se refiere al Estado miembro en el que opera, al margen del alcance general de la Directiva (art. 2). Lo mismo cabe decir respecto del contexto concreto de las demandas civiles relacionadas con la vulneración de derechos humanos (téngase en cuenta la vinculación, en muchos supuestos con el medio ambiente, por ejemplo).

24. Esta nueva posibilidad de litigación ante Tribunales de los Estados miembros supone un alivio considerable respecto de las situaciones, muy comunes, en las que el recurso por parte de las víctimas a los Tribunales nacionales se ve rodeado de graves dificultades. Estas van desde riesgos personales para las víctimas, sus abogados y personal de ONG que los asisten, hasta la ausencia de poderes judiciales independientes, pasando por las pocas posibilidades de lograr la ejecución de una sentencia, en el supuesto de que fuera favorable, tal y como ponen de relieve los diferentes informes de la FRA. Ahora bien, no será un camino exento de dificultades puesto que habrá que demostrar la relación comercial y desenredar la estructura empresarial de las cadenas de suministro de multinacionales, lo que no es tarea sencilla.

3.2.2. *Nuevo art. 26.a)*

«Regarding business-related civil claims on human rights violations within the value chain of a company domiciled in the Union or operating in the Union within the scope of Directive xxx/xxxx on Corporate Due Diligence and Corporate Accountability, where no court of a Member State has jurisdiction under this Regulation, the courts of a Member State may, on an exceptional basis, hear the case if the right to a fair trial or the right to access to justice so requires, in particular: a) if proceedings cannot reasonably be brought or conducted or would be impossible in a third State with which the dispute is closely related; or b) if a judgment given on the claim in a third State would not be entitled to recognition and enforcement in the Member State of the court seised under the law of that State and such recognition and enforcement is necessary to ensure that the rights of the claimant are satisfied; and the dispute has a sufficient connection with the Member State of the court seised».

25. Este precepto introduce un *forum necessitatis* sometido a estrictas condiciones. En realidad, es una copia del foro de necesidad incluido en el Reglamento sucesorio (art. 11) y en el Reglamento sobre alimentos (art. 7). Es discutible el valor práctico que este foro puede aportar. El cumplimiento de las condiciones vaticina que no tendrá mucha acogida, sin contar con que resultará, en los supuestos concretos, muy complicado demostrar una conexión suficientemente estrecha con el Estado miembro del Tribunal ante el que se presentara la demanda.

3.2.3. *Modificación del Reglamento Roma II*

26. En segundo lugar, el informe incorpora una propuesta de modificación del Reglamento Roma II, insertando un nuevo art. 6.a), relativo a las reclamaciones de derechos humanos relacionadas con empresas:

«In the context of business-related civil claims for human rights violations within the value chain of an undertaking domiciled in a Member State of the Union or operating in the Union within the scope of Directive xxx/xxxx on Corporate Due Diligence and Corporate Accountability, the law applicable to a non-contractual obligation arising out of the damage sustained shall be the law determined pursuant to Article 4(1), unless the person seeking compensation for damage chooses to base his or her claim on the law of the country in which the event giving rise to the damage occurred or on the law of the country in which the parent company has its domicile or, where it does not have a domicile in a Member State, the law of the country where it operates».

27. El objetivo de este precepto es abrir a las víctimas la posibilidad de elegir leyes diferentes a la del país en que se produce el daño (*lex loci damni*), que es la que resultaría aplicable en defecto de elección, en virtud del art. 4 del Reglamento. Con ello, de lo que se trata, en realidad, es de favorecer que la ley aplicable corresponda a Estados que cuenten con altos estándares de derechos humanos. Recuérdese que las empresas madre suelen tener sus domicilios en Estados que cuentan con esos perfiles legislativos, mientras que

la vulneración de derechos humanos suele producirse en Estados terceros con estándares bajos de derechos humanos. Ello dificulta, como es obvio, la reparación.

28. Las posibilidades de elección son tres: la ley del país en que se produjo el hecho que dio lugar al daño (*lex loci delicti commissi*), la ley del lugar del domicilio de la empresa demandada o, a falta de domicilio en un Estado miembro, la ley del Estado miembro donde opere. De nuevo, resulta necesaria una mayor clarificación de la última conexión en línea con lo dicho respecto al criterio atributivo de competencia de la propuesta de apdo. 5 del art. 8 del Reglamento Bruselas I bis. Salvo por este último aspecto, el resto de leyes contempladas no deberían sorprender a las empresas que, además, llegado a este punto, deberían haber cumplido con la diligencia debida obligatoria que establecería la proyectada Directiva. De nuevo, este precepto solo puede entenderse en el marco de la normativa futura, y ello explicaría la apertura de la autonomía de la voluntad limitada y claramente orientada a los fines expuestos.

4. CONSIDERACIONES FINALES

29. Es evidente que la globalización en la que estamos inmersos tiene una cara oculta que produce efectos nocivos para los derechos humanos. La pandemia ha desvelado el papel que las cadenas de suministro juegan respecto de la producción de aquellos efectos. Frente a ello, la Unión Europea ya había dado pequeños pasos, en especial, en el ámbito de la diligencia debida. Pasos significativos, pero a todas luces insuficientes.

30. La propuesta de Resolución del Parlamento Europeo con el anexo relativo a la iniciativa legislativa sobre diligencia corporativa y responsabilidad corporativa y la propuesta de modificación de los Reglamentos Bruselas I bis y Roma II constituye un punto de inflexión. Como se ha tratado de demostrar, queda un largo camino para mejorar y afinar la propuesta solicitada a la Comisión. No obstante, la iniciativa, con las mejoras que se espera que incorpore, representa una esperanza.

31. La prevención de las vulneraciones de los derechos humanos por parte de las empresas en las cadenas de suministro y facilitar el acceso a la justicia de las víctimas reclaman el esfuerzo de la Unión Europea y sus juristas. Ser una de las potencias comerciales de primer orden mundial conlleva una gran responsabilidad y es hora de afrontarla en momentos tan dramáticos como los que está provocando la pandemia.

Palabras clave: responsabilidad corporativa, diligencia debida, derechos humanos, Bruselas I bis, Roma II.

Keywords: corporate accountability, corporate due diligence, human rights, Brussels I bis, Rome II.

EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS BAJO LA PANDEMIA: ENFOQUE DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, GENERAL Y SECTORES ESCOGIDOS

Francisco Javier ZAMORA CABOT*
Maria Chiara MARULLO**

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. ACAPARAMIENTOS DE TIERRA Y AGUA/SECTOR AGROALIMENTARIO.—3. SECTOR EXTRACTIVO.—4. INCIDENCIA SOBRE LOS PUEBLOS INDÍGENAS/COMUNIDADES.—5. REFLEXIONES CONCLUSIVAS.

1. INTRODUCCIÓN

1. La creciente interpenetración entre la vida interna, doméstica, y la internacional, objeto del Derecho internacional privado, puede verse como un desarrollo lógico en la evolución de nuestra especie. Pero es cierto también que da pie a nuevos retos, en la medida en que fenómenos de todo orden, incluso los de origen muy distante, acaben impactando decisivamente en el ser, los proyectos y los quehaceres de las personas y los grupos a que pertenecen. Un caso extremo de esta situación se confirma con la actual pandemia que, consecuentemente, implica desde una gran variedad de enfoques al citado Derecho como, por ejemplo, ha sido puesto de relieve recientemente en un evento científico de primer orden, auspiciado por prestigiosas instituciones brasileñas¹.

2. Entre tales enfoques, por supuesto, se destacan los que atienen a los derechos humanos, de los que se proclama que han sufrido ya violaciones

* Catedrático de Derecho Internacional Privado, Universitat Jaume I, zamora@uji.es.

** Prof. Ayudante Doctora de Derecho internacional privado (Acreditada a Contratada Dra.), Universitat Jaume I, marullo@uji.es.

Todas las páginas web de referencia han sido consultadas por última vez el 26 de enero de 2020.

¹ *Webinar PIL & Covid-19: Mobility of Persons, Commerce and Challenges in the Global Order*. Se da amplia cuenta de él en LOPES, I. y POLIDO, F., *Private international law and the outbreak of Covid-19: Some initial thoughts and lessons to face in the daily life*, disponible en <https://conflictolaws.net/2020/webinar-report-private-international-law-and-the-outbreak-of-covid-19-some-initial-thoughts-and-lessons-to-face-in-daily-life/>.

multiterritoriales y masivas. Muchas de ellas se relacionan con la dualidad empresas y derechos humanos, en la que se centran estas páginas, habiendo recibido ya, asimismo, una creciente atención doctrinal². Siendo tal dualidad objeto de interés también por parte de algunas ONG de prestigio, caso de la FIDH, y destacable a su vez la inclusión en el llamado *EU's covid-19 Package*, dentro del *European Green Deal*, según indica el Comisario de Justicia, de mandatos imperativos e intersectoriales sobre diligencia debida en el ámbito de aquellos derechos y el medio ambiente o de alto interés, en fin, la Declaración del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos, exigiendo el respeto por las primeras de tales derechos *durante y después* del impacto de la crisis de la covid-19.

3. De los muchos órdenes de problemas en los que la actuación de las empresas puede implicar en este ámbito al Derecho internacional privado por vía, en su caso, del surgimiento de litigios transnacionales sobre derechos humanos o dando origen, por ejemplo, a la activación de elementos imperativos de su complejo de normas, destacaremos en esta sede tres en especial. Serán, respectivamente, los acaparamientos de tierras y aguas, los causados por el sector extractivo y, como objeto especial de preocupación, las graves lesiones de tales derechos que la citada actuación está originando sobre los pueblos indígenas, siempre especialmente vulnerables y máxime en una situación tan excepcional como la que vivimos. Por su parte, y en una brillante aportación a este Foro, la Profesora Pilar Diago analiza en profundidad otro núcleo de problemas de la mayor relevancia a nuestros fines, los causados por la pandemia respecto de los derechos laborales y las cadenas de suministro.

2. ACAPARAMIENTOS DE TIERRA Y AGUA/SECTOR AGROALIMENTARIO

4. Hemos escogido tres ejemplos en los que empresas multinacionales están utilizando la pandemia para acelerar procesos de acaparamiento que han venido desarrollándose de tiempo atrás. El primero atañe a Uganda, un país especialmente impactado en el continente africano por estos fenómenos, generando violencia y cruentas evicciones de población³. Según se informa, desde que las medidas de confinamiento fueron implantadas el 18 de marzo de 2020, algunas empresas, con apoyo en compañías de seguridad y/o fuerzas

² Véanse, entre otros, TRIPATHI, S., «Companies, Covid-19 and Respect for Human Rights», *Business and Human Rights Journal*, 2020, pp. 1-9, disponible en <https://www.cambridge.org/core/journals/business-and-human-rights-journal/article/companies-covid19-and-respect-for-human-rights/DFB-12D160787100AC5EFFC1A8E8A08A5>; ROLAND, M. y SOARES, A., «Direitos Humanos e Covid-19: Reflexões sobre a captura corporativa», *Homa*, 2020; HERBERTSON, K., *Human Rights and Big Business in the Covid-19 Era: 5 Trends to Watch*, disponible en <https://earthrights.org/blog/human-rights-and-big-business-in-the-covid-19-era/>, y el estudio de SAUNDERS, J., disponible en <https://oxfamilibrary.openrepository.com/bitstream/handle/10546/621037/dp-covid-19-human-rights-principles-070820-advance-en.pdf?sequence=4>.

³ ZAMORA CABOT, F. J., «Acaparamiento de tierras (*land grabbing*) y empresas multinacionales: el caso Mubende-Neumann», vol. 5, *Papeles el Tiempo de los Derechos*, 2013.

estatales policiales y militares, están apropiándose de propiedades comunales, llevando a cabo, entre otros, arrestos ilegales y torturas, destrucción de propiedades y recursos hídricos, desplazamientos forzados de población, etc. Estas gruesas lesiones de los derechos humanos afectan a muchos miles de hectáreas de suelo agrícola, y alrededor de 35.000 personas, que se han visto obligadas a abandonar sus viviendas y medios de subsistencia. Se denuncia la implicación de empresas pertenecientes a la dinastía empresarial Rai, que operan en el sector agroalimentario y maderero, en el país señalado y en otros como la RDC, Kenia y Malawi, y la del grupo Agilis Partners y la Great Seasons Company, activas en el citado sector. También la de la empresa de seguridad Saracen, radicada en Reino Unido y la que ostenta mayor presencia en Uganda. Es preciso destacar también que se producen actividades de hostigamiento de los defensores de las comunidades, como ha sucedido en el caso de la persecución por medio de detenciones arbitrarias contra un equipo de abogados intervinientes en diversos procesos iniciados contra las empresas en curso ante la Masindi High Court. Y que el propio gobierno del país emitió el 16 de abril de 2020 diversas órdenes en el sentido de que individuos y empresas se abstuvieran de despojar de sus tierras a las comunidades⁴.

5. Apuntamos ahora las denuncias sobre la actuación en el mismo continente, esta vez en Nigeria, Ghana o Camerún, de diversas filiales del Grupo luxemburgués Socfin, de las familias Fabri, belga, y Bolloré, francesa. Un grupo en casi continuo enfrentamiento con las ONG defensoras de los derechos humanos. Así, si en Nigeria se acusa a la filial Okumu Oil Palm Co. de destrucción el 20 de mayo de 2020 mediante incendio de viviendas que estorbaban la expansión de plantaciones de la empresa —la cuarta vez que sucedía en ese contexto—, en Ghana, es otra filial, Socnaf, la que ve alzarse en su contra otro tipo de denuncias. En particular la de que, en tiempos de la covid-19, la empresa haya despedido sin preaviso ni indemnización a sus muchos trabajadores eventuales, recurriendo a prácticas violentas e intimidatorias a través de sus guardias de seguridad. También se hace responsable a Socnaf de haberse apropiado, en los últimos seis años, de más tierras que las 17.000 hectáreas sobre las que ha obtenido concesión. Por su parte, en Camerún, el enorme impacto de las actividades y las instalaciones —que cubren 50.000 hectáreas— de la también filial Socapalm, dificulta mucho según se indica en tiempos normales la vida de las poblaciones autóctonas que, por ejemplo, deben desplazarse hasta 7 km para acceder a sus propias tierras de cultivo. También se denuncia violencia contra las mujeres y prácticas laborales durante la pandemia similares a las del caso anterior, a las que se añade el traslado de sus trabajadores sin las protecciones debidas y en medios de transporte saturados, con evidente riesgo para ellos, sus familias y las comu-

⁴ Con una crónica de la situación descrita véase, *v. gr.*, la información recogida en <https://www.business-humanrights.org/en/uganda-locals-sue-saracen-agilis-partners-subsiary-for-alleged-violent- eviction-to-pave-way-for-agribusiness> y, asimismo, en <https://www.farmlandgrab.org/post/view/29727-uganda-kiryandongo-sugar-limited-in-another-covid-19-lockdown-land-grab> y <https://witnessradio.org/lawyers-for-land-evicted-communities-in-kiryandongo-district-have-been-charged-and-released-on-bond/>.

nidades donde residen⁵. Resaltamos el hecho de que las empresas y los países citados son solo algunos ejemplos entre otros muchos, del mismo y otros continentes. Lo que convierte lo relativo a estos acaparamientos y al sector referenciado en un núcleo de graves problemas dentro de los suscitados por la covid-19.

6. Nuestro tercer ejemplo, con nuevos enfoques sobre el particular; nos sitúa en Brasil, del que haremos un simple apunte ahora. Se refiere al potencial conflicto que encierran los cambios legislativos impulsados por Michel Temer en 2017 y por Jair Bolsonaro en 2019 y 2020 —ya durante la pandemia—; unos cambios que permitirían, de aprobarse los que se encuentran en curso legislativo, potenciar grandemente la privatización y condonación de invasiones y ocupaciones ilegales de territorio público, respecto de masivas extensiones —muchos millones de hectáreas de aquel—, todo ello en clara contradicción con lo establecido en la Constitución del país. Esta determina como prioritario que se destinen las tierras públicas y las que se encuentran sin uso a la reforma agraria y a que se registren en favor de los pueblos indígenas y comunidades tradicionales y de otro tipo. Con todo, las modificaciones en beneficio de empresas y grandes propietarios y sus cultivos intensivos y explotaciones ganaderas industriales están resultando ya, respecto de las que se encuentran en vigor, en fuertes impactos sobre los equilibrios medioambientales y las poblaciones autóctonas, con pérdida de biodiversidad y aumento exponencial del riesgo de plagas y epidemias como la que actualmente padecemos. Todo lo cual, y concluimos el punto y este apartado, puede traducirse, llegado el caso, en litigios en Brasil o en sus países de origen contra las empresas e inversores extranjeros que han decidido entrar en este juego en el que, asimismo, en un alto número de casos median graves violaciones de los derechos humanos⁶.

3. SECTOR EXTRACTIVO

7. La situación en este sector, muy internacionalizado empresarialmente y uno de los más conflictivos respecto de la dualidad empresas-derechos humanos, a salvo de que volvamos a incidir sobre él en el próximo apartado, se puede resumir siguiendo los términos del extenso informe que algunas ONG de prestigio lideradas por Earthworks hicieron público en junio de 2020⁷. Se recogen en él cuatro pautas reconocibles a nivel mundial que ilustran cómo

⁵ Se describen estos casos en <https://wrm.org.uy/articles-from-the-wrm-bulletin/section1/communities-in-west-and-central-africa-resist-industrial-oil-palm-plantations-even-in-times-of-covid-19/> y <https://www.farmlandgrab.org/post/view/29753>.

⁶ Véanse informaciones sobre lo expuesto en <https://www.farmlandgrab.org/post/view/29613> y en <https://www.amnesty.org/fr/latest/news/2020/07/brazil-cattle-illegally-grazed-in-the-amazon-found-in-supply-chain-of-leading-meat-packer-jbs/>. También véase <https://www.amnesty.org/download/Documents/AMR1926572020ENGLISH.PDF>.

⁷ Informe «Voces desde el Territorio» (2020), disponible en https://miningwatch.ca/sites/default/files/voces_desde_el_territorio_final.pdf. Asimismo, véase <https://www.ocmal.org/coordenadas-del-extractivismo-en-la-pandemia-en-a-latinal/>.

las extractivas minimizan sus perjuicios y a la vez aprovechan las *oportunidades* que les ofrece la pandemia. Así, en primer lugar, ignorando los riesgos que esta conlleva, al continuar sus operaciones en condiciones precarias para la salud de sus trabajadores y las comunidades en sus entornos de actividad. A tales efectos, la declaración por los Estados de la minería como *actividad esencial* se ha convertido en objetivo preferente y clave en la respuesta del sector.

8. Otra pauta reconocible, después, se produce cuando un número no desdeñable de Estados adoptan medidas extraordinarias para salir al paso de movimientos de protesta frente a la actividad minera, recortando libertades y acceso a la justicia y poniendo en especial riesgo a los defensores del territorio, a quienes las medidas de confinamiento hacen mucho más vulnerables; todo ello, so capa de preservación de la salud pública. Asimismo, se recoge en el Informe citado cómo las empresas están aprovechando la situación para mejorar su muchas veces deteriorada imagen mediante supuestos actos de filantropía —una forma de *greenwashing*—, llegando incluso a sustituir la acción estatal respecto de necesidades básicas. Ello pone de relieve las grandes asimetrías de poder existentes entre ellas y los Estados de acogida, pudiendo producirse brechas en la cohesión social y en los movimientos de rechazo al sector. E, incluso, si lo que se moviliza son montantes puestos a disposición de las autoridades, surge la posibilidad de corrupción y sus lógicas secuelas en el caso: la mitigación o levantamiento de los necesarios controles de la actividad minera. Por su parte, una última e importante pauta en la que entran en juego todo tipo de países, incluso los muy desarrollados, nos situaría, frente a las grandes presiones del sector tendentes a que la relajación de medidas regulatorias que se han impuesto en numerosos casos para el relanzamiento de las correspondientes economías se haga *permanente*. Un peligro real que entra en abierta contradicción con la lucha frente al cambio climático, en buena parte producto de la minería y del sector afín de extracción de combustibles fósiles. El Informe recoge múltiples ejemplos de todo lo expuesto en un buen número de países, por ello, a efectos de su síntesis y de este apartado concluimos aquí remitiéndonos a él.

4. INCIDENCIA SOBRE LOS PUEBLOS INDÍGENAS/COMUNIDADES

9. Tales grupos humanos se encuentran ya entre los más vulnerables de nuestro planeta al margen de catástrofes como la que actualmente nos aflige a causa de la pandemia. No es de extrañar, pues, que esta les acarree un grave incremento de riesgos en cuanto a la preservación de sus derechos frente a turbios manejos empresariales. Los ejemplos, desgraciadamente, son muy numerosos y extendidos por todas las latitudes; aquí solo podemos efectuar una referencia cuasi-telegráfica de ellos, seleccionando unos pocos entre la multitud. Sería el caso, siendo nuestra referencia inicial, la situación de los indígenas en Brasil, ante los persistentes esfuerzos de Bolsonaro para abrir, como indicamos, los territorios que habitan el 13 por 100 del total del país a

los intereses de inversores y empresas. A pesar de sus necesariamente limitadas medidas de defensa, y del eco que en ocasiones encuentran dentro del sistema judicial y político brasileño, estos pueblos han de seguir afrontando grandes envites empresariales, como las más de 300 solicitudes que el coloso minero Anglo American —muy activo en el continente americano— y sus dos subsidiarias del país han cursado para llevar a cabo exploraciones de oro y otros minerales en la Amazonia. El mayor, pero desde luego no el único, intento de acceder a los grandes recursos de la zona, aunque la experiencia de tales empeños, y en general de los acaparamientos, sea muy lesiva para los habitantes y sus territorios ancestrales, unos ecosistemas vitales en todo caso para nuestro mundo y, en especial, cuando este tipo de incursiones en sus hábitats pueden elevar exponencialmente sus riesgos sanitarios en tiempos de la covid-19⁸.

10. Por su parte, y sin salir de la Amazonia, la correspondiente a Perú, dentro de las crecientes tensiones que suscitan el extractivismo y las actividades empresariales vinculadas en el continente referenciado, podría ilustrar asimismo la situación creada por las pandemia, habiendo originado que, en mayo de 2020, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos expresara su profunda preocupación por los asesinatos de defensores de tales derechos que cumplían órdenes de confinamiento, cuarentena o aislamiento preventivo obligatorio en sus viviendas⁹. Y la situación es similar en otros países, como Colombia, sobre el que dejaremos aquí constancia de otro problema, según la solicitud presentada al Relator Especial de las Naciones Unidas en nombre de los indígenas Wayuu, para que intervenga ante la minera Cerrejón —del Grupo BHP, Anglo American y Glencore—, por la temprana reanudación de sus actividades durante la pandemia, extremando en tiempos de necesidad la escasez de agua y la contaminación, el polvo, el ruido y los problemas generales de salud en la Comunidad El Provincial, cercana a la mina¹⁰. Guatemala, en fin, proporciona otro ejemplo respecto del citado continente, en la medida en que la ralentización de su sistema judicial a causa de la covid-19 puede demorar la solución del persistente y muy enconado conflicto en El Estor, a causa de la Mina de níquel Fénix, del Solway Investment Group, helvético. Había previstas diversas actuaciones judiciales que han debido suspenderse, con el resultado de hacer más lejano en el tiempo el efectivo acceso a la justicia de las comunidades afectadas. Una situación extrapolable a numerosos conflictos similares¹¹.

⁸ Véase <https://www.culturalsurvival.org/news/why-are-there-so-many-isolated-indigenous-peoples-infected-covid-19>. Asimismo, https://www.lemonde.fr/international/article/2020/08/05/aritana-grand-chef-indigene-du-bresil-est-mort-du-covid-19_6048243_3210.html; <https://nacoesunidas.org/covid-19-e-grave-ameaca-para-os-povos-indigenas-diz-bachelet/>. También en <https://news.mongabay.com/2020/07/goldminers-overrun-amazon-indigenous-lands-as-covid-19-surges/> y https://d3o3cb4w253x5q.cloudfront.net/media/documents/Press_Release_LEDs_COVID-Aug-09-2020.pdf.

⁹ Véase informe recogido en <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/101.asp>.

¹⁰ Véase más información en <https://news.un.org/es/story/2020/09/1481412>.

¹¹ Sobre este conflicto, véase <https://es.mongabay.com/2020/08/una-polemica-mina-de-niquel-de-guatemala-ignora-el-confinamiento-por-coronavirus/>.

11. Concluimos con unos apuntes de tres casos que creemos de interés. Sería, en primer lugar, el desplazamiento al que la CBG —una *joint venture* operada por Río Tinto y Alcoa— ha sometido a 100 familias del pueblo Hamdallaye, en la Región de Boké de Guinea, durante el confinamiento de la pandemia para expandir las operaciones de su mina de bauxita. Resaltamos que esas familias han sido recolocadas en instalaciones precarias y sin los medios adecuados de subsistencia. Y todo ello estando pendiente una mediación auspiciada por el Banco Mundial —financiador de la *joint venture* a través de la IFC— entre la comunidad afectada y la CBG, por pérdida de sus tierras ancestrales y medios de vida, que debía efectuarse en marzo de 2020 pero se había aplazado debido a la pandemia¹².

12. Por su parte, en el segundo caso que recogemos también existía una mediación auspiciada por el Banco Mundial, en relación con las tierras de 12 comunidades indígenas camboyanas que les debía devolver el poderoso grupo vietnamita HAGL y según había ratificado el Ministerio de Agricultura camboyano. Pese a ello, en mitad de la pandemia, el grupo citado introdujo maquinaria pesada arrasando una parte importante de esas tierras, aniquilando antiguos bosques, marjales, lugares de enterramiento y otros arraigados en los valores espirituales de las comunidades. HAGL es conocida en el Sudeste Asiático por sus actividades inmobiliarias, mineras y agroindustriales, especialmente en la obtención de caucho, a la que supuestamente pretende dedicar la zona dejada libre —de manera tan expeditiva— para su cultivo¹³. Y destacamos, concluyendo ya, la implicación en nuestro último caso de las autoridades y policía filipinas, imponiendo por la fuerza la continuación de las actividades de la minera aurífera Ocean Gold Philippines (OGPI), cuya licencia había expirado en junio de 2020, pese a la oposición de las comunidades indígenas de las cercanías de las explotaciones. Aquí, la escalada de precios del valioso metal ha prevalecido sobre los riesgos incrementados para la salud de las comunidades, que habían conseguido el apoyo del gobierno provincial en base a la expiración de la licencia citada. Otro ejemplo del desamparo en el que se ven inmersos los pueblos indígenas, en especial frente a la colusión de autoridades y empresas, incluso en estos tiempos de pandemia cuyos efectos sobre el binomio empresas y derechos humanos recogemos en estas páginas¹⁴.

5. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

13. Muy brevemente, parece incompatible con cualquier planteamiento ético que se utilice una enorme calamidad como la pandemia para el prove-

¹² Véase <https://www.business-humanrights.org/en/the-relocation-of-hamdallaye-village-in-the-midst-of-covid-19how-cbg-is-failing-to-meet-the-ifc-performance-standards>.

¹³ Véase <https://www.inclusivedevelopment.net/vietnamese-agribusiness-firm-hagl-accused-of-clearing-indigenous-land-in-cambodia/>.

¹⁴ Véanse informaciones recogidas en <https://www.culturalsurvival.org/news/cultural-survival-launches-global-mapping-project-documenting-covid-19-indigenous-0>.

cho propio, afectando incluso derechos fundamentales. Pero no se trata de una conducta novedosa, sino repetida múltiples veces a lo largo de la historia de nuestra especie. La vía jurídica puede ser uno de los medios eficaces para salir al paso de ella y, en lo que aquí atañe, el Derecho internacional privado y los litigios transnacionales sobre derechos humanos pueden coadyuvar en la superación de los múltiples conflictos generados ya, y por surgir aún, durante el impacto de la covid-19. Conflictos de los que solo hemos podido ofrecer aquí una reducida selección. Y que pueden extenderse, por ejemplo, a diversos ámbitos vinculados con las actividades empresariales eventualmente lesivas. Se dice, por ejemplo, que las normativas de intervención promulgadas por los Estados pueden originar un gran número de reclamaciones frente a ellos a través de los mecanismos de arbitraje de inversiones, en la medida en que esas normativas interfieran sobre tales actividades. Por el contrario, tratándose de los ingentes recursos utilizados para el relanzamiento de las economías, cabe que originen un aumento del ya alto número de litigios en curso si se financia libérrimamente, como está sucediendo, a las industrias vinculadas con los combustibles fósiles. Varios y trascendentales son, como vemos, los órdenes de problemas generados por la pandemia que solo hemos podido apuntar aquí. Así, su seguimiento estrecho junto al de otros ámbitos de incidencia resulta, creemos, del todo preciso.

Palabras clave: empresas y derechos humanos, acaparamiento de tierras, sector extractivo, covid-19.

Keywords: business and human rights, land grabbings, extractive sector, covid-19.

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)

PRÁCTICA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO *STUDIES ON SPANISH INTERNATIONAL LAW PRACTICE*

LA STS (SALA ESPECIAL) 1/2020, DE 12 DE FEBRERO:
¿ES EL RECURSO DE REVISIÓN UNA VÍA ÚTIL
PARA DOTAR DE EFECTIVIDAD A LOS DICTÁMENES
ADOPTADOS POR LOS COMITÉS DE DERECHOS
HUMANOS?

Beatriz VÁZQUEZ RODRÍGUEZ*

1. En su reciente Sentencia 1/2020, de 12 de febrero, el Tribunal Supremo (Sala Especial) se ha vuelto a manifestar sobre la ejecución de las decisiones emanadas de Comités de Derechos Humanos. La importancia de esta sentencia estriba en que esta es la siguiente ocasión en que el Tribunal Supremo ha tenido que pronunciarse sobre esta cuestión después de la comentada STS 1263/2018, de 17 de julio¹, en la cual el Tribunal Supremo apuntó un cambio

* Profesora Sustituta de Derecho Internacional Público, acreditada como Contratada Doctora. Universidad de Oviedo.

¹ Sobre las posiciones de la doctrina española en relación con la citada sentencia véanse GUTIÉRREZ ESPADA, C., «La aplicación en España de los dictámenes de comités internacionales: la STS 1263/2018, un importante punto de inflexión», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, 2018, núm. 2, pp. 836-851; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, C., «Human rights committees. Their nature and legal relevance in Spain», *Spanish Yearbook of International Law*, 2019, núm. 23, pp. 104-128; JIMÉNEZ PINEDA, E., «A commentary on the supreme court's judgment of 17 July 2018 (sts 1263/2018) and its supposed impact for a legally binding value of the decisions adopted by the committee on the elimination of discrimination against women (cedaw)», *Spanish Yearbook of International Law*, 2019, núm. 23, pp. 129-145; CARDONA LLORENS, J., «The legal value of the views and interim measures adopted by united nations treaty bodies (a response to the opinions of E. Jiménez Pineda, C. Jiménez Sánchez and B. Vázquez Rodríguez)»,

jurisprudencial con respecto de su posición previa² y de la posición del Tribunal Constitucional³, reconociendo por primera vez que un Dictamen, en este caso del Comité CEDAW, tiene carácter «vinculante/obligatorio para el Estado parte» y que «deberá ser tenido, en este caso y con sus particularidades, como presupuesto válido para formular una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado»⁴.

2. La sentencia objeto de este comentario pone de relieve —aparentemente— una tensión entre dos salas del Tribunal Supremo en un tema de trascendencia, ya que la Sala Especial encargada del recurso de revisión, después de haberlo rechazado por cuestiones formales y por el incumplimiento de presupuestos procesales establecidos en la LJCA, se ha pronunciado sobre el valor jurídico de las sentencias del TEDH y ha añadido que «no procede equiparar las sentencias del TEDH con las recomendaciones o dictámenes de los distintos Comités de las variadas organizaciones internacionales que se pronuncian sobre el cumplimiento de las obligaciones asumidas por España en materia de derechos humanos»⁵.

3. No obstante, es importante contextualizar este fallo de la Sala Especial del Tribunal Supremo, dado que en este asunto nos encontramos ante un recurso de revisión de la Sentencia de 9 de febrero de 2015, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, al amparo del art. 102 LJCA. En aquel procedimiento, el demandante había presentado un recurso contencioso-administrativo contra la denegación por el Consejo de Ministros de la reclamación de indemnización por responsabilidad del Estado legislador por la que solicitaba una compensación de carácter pecuniario desde el 29 de julio de 2001, fecha del fallo de condena del Tribunal Supremo. Además, el demandante hizo referencia al Dictamen 1381/2005, de 25 de julio de 2007, del Comité de Derechos Humanos, el cual consideró que se había producido una vulneración del art. 14.5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y declaró el derecho del demandante a la revisión del fallo y la pena por un tribunal superior. Sin embargo, la Sala 3.^a del Tribunal Supremo apoyándose en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional desestimó el recurso entre otros motivos porque «el valor jurídico de los informes o dictámenes del Comité, por tanto, no es vinculante, y no tienen fuerza ejecutiva»; no obstante el tribunal añade que esto no significa

Spanish Yearbook of International Law, 2019, núm. 23, pp. 146-165; ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «Sobre la problemática determinación de los efectos jurídicos internos de los “dictámenes” adoptados por Comités de derechos humanos: Algunas reflexiones a la luz de la STS 1263/2018, de 17 de julio», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 71, 2019, núm. 1, pp. 241-250.

² Véanse, entre otras, STS 28/2001, de 9 de noviembre, ECLI:ES:TS:2001:8722, FD 1; ATS 2087/1992, de 14 de febrero de 2001, ECLI:ES:TS:2001:8958A, RJ 4; ATS 1692/1996, de 16 de febrero de 2004, ECLI:ES:TS:2004:1773A, RJ 9; STS 1015/2003 de 11 de febrero de 2005, ECLI:ES:TS:2005:813, FD 2.

³ Véanse SSTC 70/2002, de 3 de abril, ECLI:ES:TC:2002:70, FJ 7, y 116/2006 de 24 de abril, ECLI:ES:TC:2006:116, FFJJ 4 y 5.

⁴ STS 1263/2018, de 17 de julio, ECLI:ES:TS:2018:2747, FD 7.

⁵ STS 1/2020, de 12 de febrero, ECLI:ES:TS:2020:401, FD 6.

que «no deban ser tenidos en cuenta por los Estados para encauzar su acción legislativa de forma que se cumplan las exigencias derivadas de la interpretación que de las normas del Pacto hace el Comité, pues lo cierto es que el Pacto forma parte de nuestro Derecho interno según el art. 96.1 CE. Además, las normas sobre los derechos fundamentales y libertades públicas que nuestra Constitución reconoce se interpretarán, ex art. 10.2 CE, de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España»⁶. Ahora bien, el Tribunal Supremo también añadió que se tendrían en cuenta siempre que no fueran de imposible incumplimiento, como ocurría en el caso concreto ya que según el art. 123.1 CE, no existe ningún órgano judicial superior al Tribunal Supremo y así concluye su argumentación afirmando que «el citado dictamen no puede ser considerado como un título de imputación para dar lugar a la responsabilidad patrimonial del Estado legislador. Dicho de otro modo, del dictamen del Comité de Derechos Humanos no nace una imputación pues su reproche se centra en una omisión del legislador, que materialmente no puede ser subsanada»⁷. El demandante, teniendo presente el reciente cambio jurisprudencial adoptado por el Tribunal Supremo en el asunto *Ángela González Carreño*, interpone el recurso de revisión contra la sentencia.

4. Antes de comentar el caso concreto conviene hacer dos precisiones con respecto a su equiparación con el fallo de la STS 1263/2018, de 17 de julio. La primera, que en esta ocasión nos encontramos ante un recurso de revisión y no de casación; la segunda, que los dictámenes que emanan de ambos Comités para cada caso concreto son de diferente calado. Recordemos que en el dictamen de la CEDAW el Comité, entre otras cosas, solicita al Estado parte que se otorgue «a la autora una reparación adecuada y una indemnización integral y proporcional a la gravedad de la conculcación de sus derechos»⁸, esto es, un derecho de reparación o indemnización, mientras que en el caso del dictamen del Comité de Derechos Humanos declara que «el Estado Parte debe proporcionar al autor un recurso efectivo que permita la revisión del fallo condenatorio y la pena por un tribunal superior»⁹. En relación con este segundo supuesto, debemos apuntar que el Tribunal Constitucional ya se había pronunciado en numerosas ocasiones sobre la suficiencia del entonces sistema casacional penal español para adecuarse a las exigencias del art. 14.5 PIDCP¹⁰, el cual, además, posteriormente ha sido modificado para implantar un régimen general de doble instancia penal¹¹.

⁶ STS 120/2013, de 6 de febrero de 2015, ECLI:ES:TS:2015:507, FD 8.

⁷ *Ibid.*

⁸ Dictamen de la CEDAW, 47/2012, de 16 de julio de 2014.

⁹ Dictamen del CCPR, 1381/2005, de 25 de julio de 2007.

¹⁰ Véanse SSTC 123/2005, de 12 de mayo, ECLI:ES:TC:2005:123; 80/92, de 28 de mayo, ECLI:ES:TC:1992:80, y 113/92, de 5 de mayo, ECLI:ES:TC:2000:113.

¹¹ La citada modificación tiene lugar, primero a través de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de septiembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y después con la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales. Sobre esta cuestión, véase GONZÁLEZ GARCÍA, J. M., «¿Son vinculantes los dictámenes del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas? Posición de los tribunales españoles a propósito de un controvertido caso (sobre el derecho

5. En síntesis, si la STS 1263/2018, de 17 de julio, vino a responder a la pregunta de si la vía de la reclamación de responsabilidad patrimonial podría ser el cauce adecuado ante la no ejecución del Estado español de los Dictámenes de un Comité de Derechos Humanos, la presente STS 1/2020, de 12 de febrero, responde a la cuestión de si un recurso de revisión contemplado en el art. 102 LJCA es una vía útil para dotar de efectividad a los dictámenes adoptados por esos entes. Ya adelantamos que, en este segundo supuesto, la respuesta del Tribunal Supremo ha sido negativa.

6. Así, en la sentencia objeto de estudio, el demandante alegó que la sentencia impugnada negó el carácter vinculante de las decisiones del Comité de Derechos Humanos, pero que con posterioridad el Tribunal Supremo había cambiado su criterio en la STS 1263/2018, de 17 de julio, reconociéndoles tal carácter. El demandante entendía que aquel argumento puede ser aplicable por analogía al presente caso y apoyándose en el ATC 260/2000 considera que el Dictamen de 27 de julio de 2007 del Comité de Derechos Humanos puede ser tenido por un hecho nuevo a los efectos previstos en la regulación del recurso de revisión, dado que el Tribunal Constitucional consideró que un dictamen de esa naturaleza «puede ser tenido por un “hecho nuevo” a los efectos de lo dispuesto en el art. 954.4 LECrim, en relación con lo declarado, *mutatis mutandis*, en la STC 150/1997, o ejercer la acción por error judicial de los arts. 292 y 293 LOPJ. Cauce, que, como afirmamos en las SSTC 28/1993, de 25 de enero, FJ 4, y 39/1995, FJ 4, podrá suponer una modificación del tenor de la resolución en que se haya cometido el supuesto error en los supuestos en que de ella se derive una privación de derechos fundamentales»¹². La demanda finalizaba con la petición del demandante de que «ya es hora de hacer efectiva la garantía de estos derechos y que este Tribunal establezca el recurso de revisión como instrumento para el reconocimiento y vinculación de las decisiones del Comité [...], al igual que hizo la Sala 2.^a con las sentencias del TEDH, mediante Acuerdo no Jurisdiccional del Pleno de 21 de octubre de 2014»¹³.

7. En su decisión, el Tribunal Supremo comienza recordando cuál es el objeto del recurso de revisión, insistiendo en que solo permite atacar el principio de cosa juzgada en los casos en los que una resolución haya sido dictada como consecuencia de defectos o vicios, y que ha de circunscribirse a los motivos taxativamente señalados en la ley, los cuales, además, deben ser objeto de interpretación restrictiva. Según el Tribunal Supremo, esa interpretación, a la luz de su jurisprudencia previa, debe ser «forzosamente estricta, con proscripción de cualquier tipo de interpretación extensiva o analógica de los supuestos en los que procede, que no permite la apertura de una nueva instancia, ni una nueva consideración de la *litis* que no tenga como soporte alguno

a la revisión de la condena penal por una instancia superior)», en FERRER MACGREGOR, E. (comp.), *La ciencia del derecho procesal constitucional, Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 105-135.

¹² ATC 260/2000, de 13 de noviembre, ECLI:ES:TC:2000:260A, FJ 2.

¹³ STS 1/2020, de 12 de febrero, ECLI:ES:TS:2020:401, FD 2.

de dichos motivos»¹⁴. De esta forma, el Tribunal Supremo considera que ni la STS 1263/2018, de 17 de julio, ni la doctrina establecida en el ATC 260/2000, de 13 de noviembre, ni el Acuerdo no jurisdiccional de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo, de 21 de octubre, permiten abrir la vía de la revisión de sentencias como remedio excepcional para reparar el daño causado por las violaciones de derechos humanos.

8. El Tribunal Supremo también señala que la demanda es extemporánea dado que el art. 512.2 LEC establece un plazo de tres meses desde que «se descubrieren documentos decisivos, el cohecho, la violencia o el fraude, o en que se hubiere reconocido o declarado la falsedad». En ese sentido, la fecha de la sentencia en el asunto *Ángela González Carreño* que eventualmente justificaría el recurso de revisión tiene fecha de 17 de julio de 2018, y la fecha de interposición del recurso por el demandante es el 19 de noviembre de 2018; por tanto, supera el plazo establecido en la normativa aplicable.

9. A pesar de que consideró que la demanda de revisión no cumplía con el requisito del art. 512.2 LEC, el Tribunal Supremo entra a argumentar las razones del incumplimiento de los demás presupuestos procesales contemplados en el art. 102 LJCA que permiten la revisión de una sentencia. Dado que según el art. 102.1.a) cabe la revisión «si después de pronunciada se recobraren documentos decisivos, no aportados por causa de fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado», el Tribunal Supremo en base a su jurisprudencia matiza qué debe entenderse por un documento «recobrado» y «decisivo». Respecto a la primera cuestión, entiende que no puede considerarse como un documento «recobrado» la sentencia que en este asunto ampararía la revisión ya que es posterior a la que se pretende revisar «por la razón evidente de que no existía al dictarse aquella cuya revisión se insta». Según el Tribunal Supremo, no puede discutirse que la sentencia sobre la que se basa la demanda de revisión es del 17 de julio de 2018, mientras que la sentencia objeto del recurso de revisión es de 6 de febrero de 2015. Sobre la segunda cuestión, esto es, qué debe entenderse por documento «decisivo», el Tribunal Supremo concluye que la sentencia en el asunto *Ángela González Carreño* tampoco puede entenderse como tal dado que no pudo ser tomada en consideración cuando se dictó la sentencia de 2015 porque es de fecha posterior y «en todo caso, la nueva sentencia se limita a establecer un criterio jurisprudencial para un caso diferente y con eficacia limitada al proceso en que se dictó»¹⁵. En lo que respecta a su análisis del apdo. 2 del art. 102 LJCA, señala que el citado artículo establece que «se podrá interponer recurso de revisión contra una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos». Pues bien, resulta obvio que en

¹⁴ Véase STS 204/2019, de 20 de febrero, ECLI: ES:TS:2019:599, FD 1.

¹⁵ STS 1/2020, de 12 de febrero, ECLI: ES:TS:2020, 40, FD 5.

este caso no se trata de una sentencia del TEDH, sino de una sentencia del Tribunal Supremo.

10. Así, la Sala Especial del Tribunal Supremo considera que el incumplimiento de los requisitos de admisibilidad de la revisión es motivo suficiente para la desestimación de la pretensión del demandante; no obstante, en su penúltimo fundamento de derecho el Tribunal Supremo ve necesario hacer un apunte sobre el valor jurídico de las sentencias del TEDH en relación con la vía del art. 102.2 LJCA, insistiendo que ese procedimiento solo se puede activar con respecto de las sentencias de dicho tribunal, no siendo extensible esta vía de revisión a los dictámenes que emanan de los Comités de Derechos Humanos ya que «no procede equiparar las sentencias del TEDH con las recomendaciones o dictámenes de los distintos Comités de las variadas organizaciones internacionales que se pronuncian sobre el cumplimiento de las obligaciones asumidas por España en materia de derechos humanos»¹⁶, porque además «la ley española solo atribuye a las sentencias del TEDH, y en determinadas condiciones, la condición de título habilitante para un recurso de revisión contra una resolución judicial firme (arts. 102 LJCA, 954.3 LECrim y 510.2 LEC)»¹⁷. Ahora bien, si atendemos a la literalidad de la argumentación, dejando aparte la curiosa referencia a los Comités «de las variadas organizaciones internacionales», el tribunal solo dice que las sentencias del TEDH y las recomendaciones o dictámenes de estos Comités no son equiparables. Siendo así, tampoco podemos llegar a la conclusión de que el Tribunal Supremo contradice la posición de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo en el asunto 1263/2018, dado que expresamente no está negando el carácter vinculante/obligatorio de los dictámenes de estos entes, lo que niega es que aquellos cumplan el presupuesto legal contemplado en el art. 102.2 LJCA puesto que no son equiparables con las sentencias del TEDH, y que esto se explica porque la reforma de «la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de junio, ha dispuesto que solo las sentencias del TEDH sean título habilitante para la revisión de las sentencias en que se produjo la vulneración del derecho fundamental, sin extender esa clase de eficacia a otras sentencias o dictámenes»¹⁸.

11. En conclusión, no creemos que en términos generales se pueda afirmar que el Tribunal Supremo haya vuelto a su jurisprudencia más clásica. No obstante, lo que no parece discutible es que la ejecución de las decisiones de los órganos de control en materia de derechos humanos, cuya competencia ha sido aceptada por el Estado español, supone una obligación para este y que las recientes SSTS 1263/2018, de 17 de julio (a pesar de que en este caso asumiese la demanda de reclamación de responsabilidad patrimonial), y 1/2020, de 12 de febrero, han puesto de relieve que no existen cauces adecuados y específicos para hacer efectivas en el ordenamiento español los dictámenes

¹⁶ *Ibid.*, FD 6.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*

de estos Comités por vulneración de derechos fundamentales reconocidos en Tratados de Derechos Humanos de los que España es Parte. Mientras no existan reformas legislativas que apunten en esta dirección se corre el riesgo de que nuestros tribunales no puedan tutelar debidamente las posibles lesiones de derechos fundamentales cuya violación haya sido previamente declarada a nivel internacional.

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

LA APLICACIÓN NOTARIAL DEL DERECHO EXTRANJERO

Antonio RIPOLL SOLER*

SUMARIO: 1. PRIMER SECTOR: COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—2. SEGUNDO SECTOR: LEY APLICABLE.—3. TERCER SECTOR: RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN.—4. PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO.

Existe la creencia, certera, de que las notarías constituyen un interesante banco de pruebas para tomar el pulso a la realidad. No son pocos los agentes sociales que tratan de investigar cuestiones que nos afectan a todos a través de los ojos del notario. Nuestros índices y estadísticas, que remitimos periódicamente, a distintas Administraciones, son tenidos en cuenta e inciden en decisiones político-económicas. Los notarios, antes que operadores jurídicos y funcionarios públicos, somos personas que tratan con personas. Así, por ejemplo, tras unos meses de desconfinamiento, superada en España la onda expansiva de la primera ola de la pandemia que asola nuestra salud y economía, es recurrente que quien nos visita pregunte, al notario, con el consuelo de encontrar una respuesta ilusionante: «¿Cómo ve la situación económica de nuestro país? ¿Se firma mucho?».

En nuestro quehacer concurren muchos factores que posibilitan conocer, de primera mano, la situación en que se encuentra el mundo en que vivimos. Prestamos servicio a personas de edades, condiciones económicas, sociales y geográficas dispares; también, frecuentemente, personas con intereses o procedencia más allá de nuestro territorio demandan la intervención notarial. En el caso de España y, especialmente, de nuestras costas mediterráneas, la

* Notario.

incidencia de las inversiones y la circulación de personas vinculadas a otras jurisdicciones constituye un importante pilar socioeconómico, como prueba la recesión económica ligada al cierre de fronteras por la covid-19.

A diferencia de lo que sucede con otros operadores jurídicos, en una gran parte de los casos, los notarios filtramos. No siempre resolvemos¹. Sin embargo, sí que ayudamos, las más de las veces, a formar voluntades. Trabajamos en un doble nivel, pudiendo ser nuestro interlocutor el ciudadano medio de a pie; pero también interactuamos con los asesores de cualquier tipo² que acompañan y prescriben una determinada notaría. La labor conjunta del notario y esos profesionales culmina con la autorización de un documento público.

Dar forma jurídica a la resolución de los problemas de las personas hace que el documento público circule incluso fuera de nuestro ámbito territorial; relacionando, entonces, a los notarios españoles con otras autoridades o tribunales de otros Estados.

La acción normativa de la Unión Europea facilita que el Derecho internacional privado cada vez se perciba como más cercano por los operadores jurídicos³. Esa nueva sensibilidad se impulsa también desde la DGSPF, que recalca, recientemente, la conveniencia de que notarios y registradores conozcan el Derecho extranjero⁴. Sin embargo, no por obvio debe dejar de

¹ Se emplea aquí el término «resolver» no como sinónimo de «solucionar», sino como «decisión» o «resolución» de una controversia. Los notarios, en España, tienen el doble carácter de funcionarios públicos y profesionales del Derecho (art. 1 RN). Siendo cierto lo anterior, tanto en la Ley del Notariado como en su Reglamento se recalca el carácter del notario como «órgano de la jurisdicción voluntaria» (art. 3 RN). Debe destacarse que, modernamente, y especialmente tras la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria (en adelante LJV), se impulsa, legislativamente, un modelo en el que el notario, sin perjuicio del ulterior recurso judicial, decide en distintas cuestiones, con efecto vinculante. En esos casos, sí que resuelve. Excede del propósito de este trabajo analizar la naturaleza jurídica de esas decisiones notariales y de si el notario, entonces, actúa como «autoridad» o como «tribunal», lo cual tiene su trascendencia en el ámbito del Derecho de la Unión Europea y, especialmente, en los últimos reglamentos [véanse, en este sentido, arts. 3.2 de los Reglamentos 650/2012 (RES), 2016/1103 (REM) y 2016/1104 (EPUR), a título ejemplificativo].

² Entre estos se pueden citar muchos y muy variados, así, sin ánimo exhaustivo, superando la tópica referencia a los abogados y asesores con formación jurídica de calidad, existe un elenco muy amplio de este tipo de profesionales, tales como intérpretes —jurados o no—, agentes de la propiedad inmobiliaria, personal bancario, aparejadores, arquitectos, promotores inmobiliarios, prestadores de servicios vinculados a la obtención de la residencia o nacionalidad en España. Todos ellos, directa o indirectamente, entran en conexión con algún elemento internacional, en sus operaciones, que obligan a tomar en consideración, bien, en un primer momento, el Derecho internacional privado, bien, en segundo lugar, el Derecho material extranjero señalado por la norma de conflicto, como ley aplicable. Sin embargo, como se verá, en el ámbito de la notaría, no solo se tiene en cuenta el segundo sector del DIPr.

³ En este sentido, me gusta hacer coincidir ese momento con la entrada en aplicación del RES, como ya he apuntado en alguna ocasión: «El Reglamento Sucesorio Europeo ha implicado una sensibilización de todos los agentes puestos en escena sobre la importancia de la disciplina. Podríamos decir que, paradójicamente, pese a su gran complejidad, supone una “popularización del DIPr”, concienciando a los prácticos del Derecho de la importancia de la disciplina», RIPOLL SOLER, A., «¿La Unión Europea como factor de facilitación de la actividad del operador jurídico?», en ESPLUGUES MOTA, C., DIAGO DIAGO, M.^a P. y JIMÉNEZ BLANCO, P. (coords.), *50 años de Derecho Internacional Privado de la Unión Europea en el Diván*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 157.

⁴ Véase RDGRN de 15 de febrero de 2016 o de 28 de julio de 2016. Puede verse mi valoración sobre estos planteamientos en RIPOLL SOLER, A., *op. cit.*, p. 163.

recordarse que no todo el Derecho extranjero material aplicable es el de Estados miembros de la Unión Europea. Es lógico esperar distinta sensibilidad hacia los ordenamientos de sus Estados, en cuanto a exigibilidad de conocimiento de sus leyes materiales, que respecto de ordenamientos de terceros Estados. Conviene recordar que la realidad de la práctica de cada operador puede que haga que sus problemas naturales, su campo de trabajo, se vea inmerso en la necesidad de acudir a la aplicación de ordenamientos más alejados y difíciles de conocer⁵.

Esa riqueza de supuestos nos brinda poder manejar los tres sectores del DIPr moderno; sin dejar de lado, además, la cooperación jurídica internacional.

1. PRIMER SECTOR: COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

Los notarios somos órganos de la llamada jurisdicción voluntaria. Como tales, la nueva LJV nos ha atribuido una serie de competencias, que potencian nuestra intervención en dicho ámbito de la realidad jurídica de las personas.

Cabría destacar la posibilidad de autorizar separaciones y divorcios concurriendo las circunstancias de los arts. 82 y 87 CC —transcurso de tres meses desde la celebración del matrimonio e inexistencia de hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente, dependientes de sus progenitores (art. 54 LN)—.

La atribución de competencia interna para sustanciar separación o divorcio no queda al margen del DIPr. Es frecuente, al existir muchos nacionales de otros Estados residentes en España, que acabemos autorizando dichos cambios de estado y debamos tener en cuenta el Reglamento (CE) 2201/2003; tras controlar la competencia internacional, el notario español deberá proceder a examinar si la norma interna lo hace competente⁶.

En materia de sucesiones con elemento transfronterizo, el RES⁷ incide de lleno en la competencia notarial para la tramitación de declaraciones de herederos abintestato, las cuales, desde el punto de vista de nuestro Derecho interno, tras la desjudicialización ligada a las reformas que traen por causa la LJV, son de competencia exclusiva notarial. En la práctica se requiere un doble control de competencia, pues en una herencia internacional la com-

⁵ China, Argelia y países iberoamericanos suelen presentar en nuestros despachos una rica y variada problemática. La presencia de nacionales de Estados Unidos o Canadá con la complejidad de determinar su derecho material aplicable al dar cobijo a distintos derechos de corte territorial.

⁶ Todo ello, sin perjuicio, luego, de la posible entrada en escena del Reglamento (UE) 1259/2010, *relativo a la ley aplicable, al divorcio y a la separación judicial*, a los efectos de elegir la ley aplicable a la separación o al divorcio, por ejemplo.

⁷ R(UE) 650/2012, *relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo*.

petencia interna del notario requerirá la previa atribución de competencia internacional derivada de los arts. 4, 7, 10 y 11 RES^{8,9}.

Ser competente implica poner en relación la resolución del expediente con la aplicación de una norma que puede que sea ajena al foro o no. Que los últimos Reglamentos propicien que el tribunal competente aplique su propio Derecho¹⁰ no quiere decir que esto siempre suceda. En esos casos, el notario que resuelve, como se verá en el siguiente apartado, y sucederá también a los tribunales de justicia, puede encontrarse ante un auténtico *tour de force*. La diferencia, entre el notario y el tribunal, al menos en España, a estos efectos, es que por el modo de proceder habitualmente por parte de los usuarios de las notarías, estos esperan del notario la prestación de una obligación de resultado. Se suele olvidar que, en este caso, los notarios ejercen unas funciones más próximas a las de tribunal que a las de profesional del Derecho. Así, esperan que todo el problema de conocimiento y prueba del Derecho extranjero se desplace del interesado al órgano encargado de resolver. De ello nos vamos a ocupar seguidamente al tratar del segundo sector del DIPr.

2. SEGUNDO SECTOR: LEY APLICABLE

Como anunciaba anteriormente, el auténtico reto en los despachos notariales es llevar a sus últimas consecuencias el segundo sector del DIPr. Se intervenga como tribunal/autoridad o como funcionario-profesional del Derecho, en la práctica, nuestro campo de trabajo y actuación no acaba, normalmente, con el análisis de los hechos, seleccionar la norma de conflicto aplicable y señalar un concreto Derecho material como aplicable para regular un determinado asunto. Ello solo sucede en aquellos supuestos en los que se debe reseñar en el momento de adquisición de cualquier inmueble por cónyuges en cuyo matrimonio concorra elemento internacional cual es su régimen económico matrimonial, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 51.8.b) y 92¹¹ RH.

⁸ Excede del ámbito de este trabajo, como se apuntó anteriormente, el análisis de si el notario, en las declaraciones de herederos abintestato, actúa como tribunal o como autoridad, pues el Reglamento acoge las dos posibilidades. Puede verse en este sentido la interesante STJUE de 16 de julio de 2020 (C 80/19), en ella se acotan los conceptos de tribunal y autoridad y se hace un análisis de la competencia judicial internacional, la cuestión viene referida al Derecho y actuaciones notariales lituanas que, en el caso del que se ocupa, sin embargo, no parecen tener una naturaleza equivalente a la función del notario español al autorizar las declaraciones de herederos intestados.

⁹ Llama la atención, sin embargo, que no es infrecuente que muchos operadores jurídicos desconozcan, en la práctica, que se debe realizar, en los dos ámbitos citados (separación y divorcio y sucesiones) ese doble control de competencia. Ello hace plantearse si se estudia y conoce suficientemente la normativa producida por la Unión Europea.

¹⁰ Así el RES establece (art. 4) el foro general de la residencia habitual que coincide con la ley supletoria aplicable a las sucesiones, art. 21; pero puede que, caso de *professio iuris*, la autoridad competente para tramitar la sucesión aplique un Derecho extranjero, por no haberse realizado la correspondiente elección de foro (art. 7 RES). Ejemplos parecidos existen en los Reglamentos EPUR y REM.

¹¹ Puede verse, en este sentido, el interesante trabajo de la Profesora DIAGO DIAGO, M.^a P., «La prueba de la nacionalidad española y de la vecindad civil: Dificultades en la determinación del ré-

Frente al supuesto anterior, citado como ejemplo, normalmente tanto si se actúa planificando una relación patrimonial como si se ha de resolver sobre el régimen de disposición de un inmueble, interesará tanto determinar el Derecho material aplicable como conocer su contenido concreto. En los primeros supuestos al interesado le preocupa conocer el contenido de la norma que regirá sus relaciones patrimoniales en el futuro. En el segundo caso, al transmitente, adquirente y, especialmente, al propio notario interesará conocer el contenido del Derecho material aplicable, pues para este último generará responsabilidad una transmisión autorizada sin ajustarse a las reglas de disposición de tal ordenamiento.

Es tónica la cita de los supuestos que se surgen en el marco del RES¹². Tanto si se planifica una sucesión futura como si se conoce la herencia causada, el conocer el Derecho material extranjero es imprescindible. El notario, en su labor de asesoramiento, al disponente, futuro causante, deberá informar sobre su contenido, pues se pretende un efecto práctico. Obsérvese que limitarse a elegir una determinada normativa sin conocer su contenido es una defectuosa aplicación del espíritu del RES¹³, basado, precisamente en la planificación sucesoria y su inmutabilidad¹⁴.

En el ámbito de las sucesiones internacionales, además, abierta la sucesión se plantean dos posibles escenarios. Puede que la labor del notario se limite a autorizar una escritura de aceptación y partición de herencia, para lo cual será imprescindible comprobar si el título sucesorio, testamento, por ejemplo, se ajusta al Derecho material aplicable. Sin embargo, puede que, también, tenga que autorizar un Certificado Sucesorio Europeo, en tales casos deberá volcar en el certificado¹⁵ la ley aplicable a la sucesión, pero no solo

gimen económico matrimonial legal», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, diciembre de 2018, núm. 16, pp. 5 y ss., visto el 4 de diciembre de 2019 (<http://www.reei.org/index.php/revista/num36/articulos/prueba-nacionalidad-espanola-vecindad-civil-dificultades-determinacion-regimen-economico-matrimonial-legal>), en el que se critica el modo de operar en las notarías y las resoluciones recaídas al respecto; sin embargo, en honor a la verdad, con la legislación actual en la mano, la práctica es bastante compleja al no haberse abordado la correspondiente reforma de nuestra legislación hipotecaria y puesto en aplicación la anecdótica Ley del Registro Civil de 2011, cuyos reiterados aplazamientos manifiestan la ineficiencia de nuestros órganos legislativos. Puede verse, en este sentido mi opinión, RIPOLL SOLER, A., «Malos legisladores, malas leyes: El Registro Civil Fantasma», en RIPOLL SOLER, A. (ed.), *El Blog del Notario*, visto el 1 de noviembre de 2020, en <https://pildoraslegales.com/2014/06/10/el-registro-civil-incumplimientos-legales/>.

¹² Los problemas que se relatan respecto al Reglamento de Sucesiones, sin embargo, colindan y se repiten con los que presentan los Reglamentos REM y EPUR.

¹³ Es algo que he criticado en numerosas ocasiones; véase, en este sentido, RIPOLL SOLER, A., «¿La Unión Europea...», *op. cit.*, p. 164; «La ley aplicable la carga el diablo», en RIPOLL SOLER, A. (ed.), *El Blog del Notario*, visto el 1 de noviembre de 2020, <https://pildoraslegales.com/2019/04/03/la-ley-aplicable-la-carga-el-diablo/>; o, *id.*, «La *professio iuris* automática», en RIPOLL SOLER, A. (ed.), *El Blog del Notario*, visto el 1 de noviembre de 2020, <https://pildoraslegales.com/2017/01/28/la-professio-iuris-automatica/>.

¹⁴ Véase, en este sentido, RIPOLL SOLER, A., «Hacia un nuevo modelo de planificación sucesoria notarial: La *professio iuris*», *Revista de Derecho Civil*, vol. III, Estudios, abril-junio de 2016, núm. 2, pp. 23-64, disponible el 30 de mayo de 2018 en <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>, con Fe de erratas, vol. IV, 2019, núm. 2, pp. 283-292, disponible el 22 de enero de 2020 en <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/433>.

¹⁵ Anexo V, Formulario 5, R(UE) 1329/2014, véase numeral 8 del certificado.

esta, también deberán reflejarse las limitaciones dispositivas y configuración jurídica de la posición de herederos y legatarios y régimen de ejercicio de facultades por los ejecutores sucesorios¹⁶.

En el quehacer notarial aparecen implicados todos los ámbitos del Derecho privado, y, por consiguiente, del Derecho internacional privado. Más allá de los supuestos que se relacionan, es frecuente, a título ejemplificativo, plantearse cuestiones sobre legitimación para disponer bienes de menores de edad, personas sujetas a protección, por razón de su capacidad, ejercicio de poderes de representación o, incluso, determinación de las facultades del representante de una persona jurídica. En todos estos supuestos se hace imprescindible conocer el Derecho material extranjero aplicable¹⁷.

3. TERCER SECTOR: RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN

El trabajo notarial conlleva la recepción de distintos documentos que pueden haber sido emitidos por un tribunal o autoridad extranjero. Es cierto que los modernos Reglamentos UE, con los formularios que se establecen, facilitan mucho la intelección del contenido de dichos documentos. Pero, en ocasiones, tales formularios aparecen defectuosamente cumplimentados. Tampoco es infrecuente el supuesto en que dichos documentos, pese al reconocimiento incidental que procede en sede notarial, deban ser contextualizados en un concreto ordenamiento jurídico extranjero. Todo ello obliga, una vez más, traer a colación la necesidad de conocer y probar el Derecho extranjero.

Formalmente, además, nos encontramos con la tendencia a dispensar de legalización o apostilla a determinados documentos, no solo como consecuencia del Convenio de La Haya de 1961, también, al socaire de la labor institucional del Derecho de la Unión Europea, bien por las normas que sectorialmente se introducen en algunos reglamentos dispensando de legalización o apostilla¹⁸, bien para todo una tipología de documentos públicos, como sucede con el Reglamento (UE) 2016/1191¹⁹.

La dispensa de legalización o apostilla, aunque agilice el tráfico, en la práctica hará al notario receptor plantearse la autenticidad del documento y, consiguientemente, conocer cuestiones de forma y fondo de la legislación del Estado de procedencia del documento.

¹⁶ Véanse los diferentes anexos al Formulario V de expedición del CSE.

¹⁷ Pueden verse casos y ejemplos de cada uno de los supuestos relatados en RIPOLL SOLER, A., «¿La Unión Europea...», *op. cit.*

¹⁸ Véanse, *ad. ex.*, arts. 74 RES, 61 REM, o 61 EPUR.

¹⁹ Puede verse sobre este tema el más que interesante y útil trabajo de DIAGO DIAGO, M.^a 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 *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2019, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, Capítulo segundo, pp. 145-339, tanto respecto del citado Reglamento como en relación a la apostilla y legalización en general.

4. PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO

Como ha quedado expuesto, la presencia de normas de Derecho material extranjero para ser aplicadas en los despachos notariales, hace necesario conocer y probar el mismo.

En el ámbito de su competencia debería resultar aplicable el mecanismo previsto en la LCJI, arts. 34-36, para obtener la información del Derecho extranjero; en la práctica, la inmediatez demandada al servicio notarial desaconseja acudir a esos expedientes. Por ello cada notario, en función de su campo de trabajo, procura formarse y recabar los materiales necesarios para el ejercicio cotidiano en función del perfil de usuarios de su despacho. El propio sistema confía en el conocimiento directo por parte del propio notario²⁰, lo cual no deja de ser demasiado ambicioso.

No puede dejar de citarse el empleo de las fichas de *e-justice*, que constituyen un buen punto de partida para seguir investigando sobre el contenido del Derecho aplicable al caso concreto; aunque no exoneran de una labor de investigación que, en ocasiones, resulta compleja, especialmente si no se conocen los idiomas de origen de la norma.

Para colmar esas lagunas de conocimiento, es habitual la cooperación recíproca entre distintos notariados. Se consigue de dos maneras, el contacto directo, propiciado por la globalización. Los usos de la *praxis* generan un flujo de ayuda mutua que, al margen del sistema, funciona bastante bien. La otra, se encuentra en expansión en el ámbito de la Unión Europea, me refiero a la plataforma notarial EUFIDES que impulsa esa red de colaboración, implementando nuevos servicios que faciliten la generación y circulación de documentos con elemento internacional.

²⁰ Art. 36 RH.

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

ANTÓN JUÁREZ, I., *Acuerdos Prematrimoniales Internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, 292 pp.

Siempre he mantenido, en público y en privado, que las fronteras creadas por los académicos entre las distintas ramas del Derecho, si bien son necesarias para estructurar el estudio y el análisis de las normas, pilares que sustentan el ordenamiento jurídico, son cada vez más difusas y que el «buen jurista» no debe tener miedo a traspasarla. Muy por el contrario, es su obligación hacerlo cuando la respuesta al conflicto que estudia precisa la aplicación de normas que no son las propias de su especialidad. Ese criterio «utilitarista», pues el Derecho solo tiene sentido desde el conflicto (se crea para evitarlo o solventarlo), nos invita a formar equipo multidisciplinarios para abordar, de forma poliédrica y completa, los problemas jurídicos y elaborar propuestas reales y efectivas al legislador y/o a los aplicadores del Derecho. Ese es nuestro trabajo y los que así lo entendemos ponemos nuestra investigación al servicio de la sociedad que es, en definitiva, quien nos «paga» y a quien nos «debemos».

La lectura de la obra *Acuerdos Prematrimoniales Internacionales* me ha invita-

do a reflexionar sobre la dimensión internacional de estos pactos, cuestión que no había tenido en cuenta en mis trabajos sobre la materia, al menos con la perspectiva que ahora se me propone. Así, y de la mano de la Profesora Antón Juárez, soy conducida a dos escenarios donde también se generan contiendas, que la autora no soslaya, y que trata y resuelve con valentía y firmeza. Por un lado, los acuerdos prematrimoniales como instrumentos de consenso en matrimonios mixtos o «deslocalizados» en su función preventiva del conflicto; de otro la aplicación del convenio para solventarlo cuando confluye la normativa de distintos países por diferentes motivos.

La monografía, a cuya recensión dedico estas líneas, puede calificarse como un trabajo serio y bien estructurado, y en ella se abordan, de manera exhaustiva, los acuerdos prematrimoniales desde el análisis de las normas de Derecho civil y de Derecho internacional privado, incluyendo también algunos ordenamientos jurídicos de países del entorno (Estados Unidos, Reino Unido, Alemania y

Francia), seleccionados por coadyuvar a comprender su origen y fundamento. En este sentido, tras un primer capítulo introductorio con el fin de acercar al lector al concepto de la materia objeto de estudio, dedica los siguientes capítulos al Derecho comparado, Derecho civil y Derecho internacional privado. Para finalizar con el quinto y último capítulo, a mi juicio, el más original y el que dota de un mayor valor científico al trabajo de investigación plasmado en el texto. Obviamente, sin el estudio previo expresado en los capítulos precedentes no hubiera sido posible llegar al quinto, donde la Profesora Antón Juárez se cuestiona sobre los requisitos que el acuerdo debe atender para superar con éxito una revisión judicial en nuestros tribunales. Ya el título, de entrada, me gusta, pero más aún la estructura, desglosando y enumerando los requisitos con claridad y pragmatismo. Con valentía y seguridad va respondiendo y concretando los requisitos emitiendo sus opiniones, fundadas y razonadas, no exentas de originalidad. La bibliografía y la jurisprudencia en la que se apoyan los postulados vertidos a lo largo del libro es suficiente y actualizada, lo que dota a la obra de solvencia y oportunidad.

No quisiera poner el punto y final a estas pinceladas sin aludir a dos aspectos que me han llamado particularmente la atención y quisiera destacar como un valor añadido a esta monografía. En primer lugar, el recurso a los casos reales como forma de ir cortando el discurso, adobándolo con supuestos que nos acercan al conflicto y nos permiten visibilizar las soluciones propuestas y los intereses en pugna. Se agradece el ejemplo, pues dulcifica la tensión del argumento y facilita la comprensión de los razonamientos a los que estos nos conducen. En segundo lugar, la perspectiva de género que, de forma transversal, se despliega a lo largo en toda la obra. La invisibilidad es la discriminación mayor que puede sufrir un ser humano, por eso las mujeres que tenemos una vida pública estamos obligadas a hacernos presentes en la sociedad.

Recomiendo la lectura de la obra *Acuerdos Prematrimoniales Internacionales* donde el lector, al igual que la que suscribe, encontrará respuestas a nuevas cuestiones, fundamentadas en el mejor Derecho y en los argumentos de la autora, Dra. Isabel Antón Juárez.

M. D. CERVILLA GARZÓN
Universidad de Cádiz

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.73.1.2021.4.01>

BLANC ALTEMIR, A. (dir.), *La Unión Europea, promotora del libre comercio. Análisis e impacto de los principales Acuerdos comerciales*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, 395 pp.

Son muchas las manifestaciones que en este inicio de milenio pueden encontrarse de reacción al fenómeno globalizador mediante un repliegue hacia el interior de los Estados. A este respecto puede citarse como ejemplo relevante, dada la magnitud del sujeto internacional concernido y su influencia en el ámbito que aquí interesa, la política proteccionista desarrollada por los Estados Unidos de América con la Administración Trump. Pero igualmente podrían citarse otros

ejemplos incluso en el contexto europeo, que en último término responden a la lógica de repliegue a la que se hacía referencia, destacando entre ellos obviamente el *Brexit*.

No parece que esa sea la mejor actitud en un escenario que parece demandar precisamente lo contrario y el desarrollo de la pandemia que en este momento enfrenta la humanidad puede servir como test para ambas afirmaciones. La existencia de ese repliegue, materializada en esa

carrera de las vacunas y la escasa cooperación internacional tanto en su investigación como en su distribución futura, y lo poco adecuado de esa actitud que ha llevado a una situación en la que tan solo en casos excepcionales los distintos Estados parecen haber revertido la curva de contagios.

Ese proteccionismo se materializa en todos los ámbitos, pero tiene lógicamente especial reflejo en el del comercio internacional. En este ámbito puede subrarse como botón de muestra la batería de medidas puestas en marcha por Estados Unidos, y las guerras comerciales abiertas con China o la Unión Europea (UE). Sin embargo, este escenario no ha alterado, al menos de manera significativa, la apuesta de la UE por la multilateralidad y en el ámbito comercial por el desarrollo del proceso de liberalización del comercio internacional. Y en ese plano los Acuerdos comerciales se configuran como una herramienta privilegiada. De hecho, más allá de algún fracaso, como el del *Transatlantic Trade and Investment Partnership*, la UE ha concluido en los últimos años diversos Acuerdos de esa naturaleza y se encuentra en este momento inmersa en el proceso de negociación de otros.

La mencionada trascendencia de esos Acuerdos comerciales, que representan una herramienta principal de la Política comercial de la UE, justifica la atención que a los mismos pueda prestarse desde la doctrina y en esa línea el libro que dirige el Profesor Antonio Blanc Altemir representa una muy buena muestra. A lo largo del mismo los investigadores, tanto de la Universidad de Lleida como de otras españolas y extranjeras, abordan el análisis de un amplio elenco de Acuerdos comerciales bien escogidos y que representan una buena muestra de los resultados más recientes de la actividad de la Unión en este ámbito. En ese sentido se analizan los Acuerdos concluidos por la UE con Japón, Canadá, México, Colombia, Chile, Vietnam y Singapur, a los que

se añade el concluido con Mercosur, lo que como se ha dicho implica un amplio espectro desde el punto de vista geográfico, aunque con un especial énfasis, como no podía ser de otra manera, en el ámbito latinoamericano.

Un elemento de interés en ese examen es que el análisis que se realiza de los Acuerdos se hace desde una doble perspectiva. Por una parte, se aborda el contenido del Acuerdo, prestando atención a los precedentes, lo que incluye el factor no desdeñable de la fuerte oposición social que esos Acuerdos han planteado en diversos casos. Ese análisis es desarrollado por los Profesores Carmen Tirado (Acuerdo con Japón), Pilar Cos (Acuerdo con Canadá), Antonio Colom (Acuerdo con México), Déborah Presta (Acuerdo con Colombia, Perú y Ecuador, aunque con un enfoque centrado en la perspectiva del primero de esos Estados), Gerardo Copelli (Acuerdo con Chile) y Eimys Ortíz (Acuerdos con Vietnam y Singapur), y por el Profesor Antonio Blanc en relación con el Acuerdo con Mercosur.

Pero a ello se añade el análisis, que se hace en la segunda parte del libro, del impacto económico que esos Acuerdos tienen en la UE y en España, lo que se aborda en relación con una buena parte de dichos Acuerdos, en concreto por los Profesores Margarita Moltó (Acuerdo con Japón), Natalia Aldaz (Acuerdo con Canadá), Blanca Escardibú (Acuerdo con México) y Antonio Colom y Rosa M. Florensa (Acuerdo con Mercosur). El estudio se completa con sendas introducciones de cada una de las dos partes a las que se ha hecho referencia. Así el Profesor Antonio Blanc aborda el papel de la UE, calificada como adalid del libre proteccionismo, frente al neoproteccionismo de la era Trump. Por su parte, la Profesora Pilar Cos lleva a cabo un análisis global del comercio internacional de la UE y de España. El estudio incluye, además, una aproximación al papel del cambio climático en el plano comercial

internacional, si bien desde la perspectiva particular de las relaciones entre la UE y Chile.

El resultado de todo ello es un estudio minucioso que presenta un panorama actualizado del espectro de Acuerdos comerciales suscritos por la UE con otros actores económicos relevantes de la escena internacional. Con ello parece quedar clara la continuidad de la apuesta de la UE por el multilateralismo y el libre comercio y permite albergar esperanzas de que esa vuelta a escenarios proteccionistas, que evoca imágenes del pasado que nunca han redundado en beneficios colectivos, y tampoco individuales, para los Estados queden lo

antes posible, como la pandemia a la que en este momento hace frente la humanidad, como un recuerdo del pasado del que, ojalá, fuimos capaces de extraer las enseñanzas debidas. Por ello, no queda sino felicitar al Profesor Blanc Altemir y al conjunto de profesores que bajo su dirección abordan esta tarea y recomendar la lectura de esta obra para quienes desean ya no solo profundizar sino también informarse del actual estado de situación de una herramienta trascendental de la Política comercial de la UE.

S. SALINAS ALCEGA

Universidad de Zaragoza

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.73.1.2021.4.02>

CERVELL HORTAL, M. J. (dir.), *Nuevas tecnologías en el uso de la fuerza: drones, armas autónomas y ciberespacio*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, 341 pp.

En esta obra, un amplio grupo de profesores aborda, siguiendo una estructura de indudable simetría, los problemas de tres ámbitos particulares —drones, armas autónomas y ciberespacio— que están en pleno desarrollo, tanto en lo que atañe a su sustancia —a la evolución tecnológica— como a su incardinación en el Derecho Internacional (DI) y, más concretamente, en lo que hace a la regulación del uso de la fuerza, además de a las espinosas cuestiones relativas a la responsabilidad internacional. En gran medida, este libro lo es sobre el uso de la fuerza y la responsabilidad internacional.

La estructura destila una gran coherencia y los tres temas de investigación son de particular interés, puesto que manifiestan la tensión que afecta al DI aplicable a tales actividades, suscitando interrogantes acerca de si las normas existentes suministran un adecuado marco regulatorio o si, por el contrario, se requeriría un esfuerzo normativo nuevo de la comunidad internacional al que, por otra parte, parecen muy poco

dispuestos los Estados más avanzados en esas tecnologías. En este sentido, tanto las posiciones de los diferentes Estados, como la práctica internacional, quedan suficientemente explicitadas en los diferentes capítulos.

Corresponde a Romualdo Bermejo el análisis de los drones, de su regulación internacional, en particular conforme al *ius ad bellum*. Entiende que están plenamente admitidos siempre que se respeten los principios del Derecho Internacional Humanitario (DIH). El autor llega a mostrarse defensor de esta arma, al afirmar su mayor adecuación, dada la extensión de la práctica involucrada y el menor coste político y económico derivado de su uso. A la hora de abordar la cuestión del *ius ad bellum*, la contribución del Profesor Bermejo, si bien aplicable a los drones, desborda ese centro de interés, para dedicar páginas a los alcances y límites de la regulación de la legítima defensa y sus difusas fronteras cuando se trata del ataque inminente, del concepto de necesidad o de la legítima defensa frente

a ataques armados de actores no estatales. Concluye el autor que el recurso a los drones es completamente legal y que serán en muchos casos las armas elegidas para cumplir muchas de las misiones contra esos actores no estatales en legítima defensa. Como se ve, la posición del autor es más que liberal en lo que hace al recurso a estas armas, e inclusive a los llamados asesinatos selectivos, expresión que, en clave de cierta justificación, critica con rotundidad como improcedente.

Por su parte, Eugenia López-Jacoíste revisa la adecuación del recurso a los drones, como arma y como método de guerra, al DIH, para concluir que «la licitud del uso de drones armados no tripulados dependerá, en términos de principio, de las circunstancias específicas de cada caso, y solo serán conformes al *ius in bello* si persiguen exclusivamente objetivos militares, si su capacidad de destrucción es la proporcional al objetivo perseguido y siempre y cuando no causen daños superfluos a la población civil, al medio ambiente y a los bienes culturales». Asentada la cuestión de la legalidad, la autora examina el empleo de drones en las zonas de conflicto, con especial énfasis en los conflictos no internacionales con zonas transfronterizas. Ello le lleva al análisis de los ataques letales selectivos y a su confrontación con la prohibición de muertes arbitrarias que se deriva del DI de los Derechos Humanos. Toda esta reflexión conduce, como era de prever, a las cuestiones que plantean el recurso a los drones en el ámbito de la lucha contra el terrorismo internacional donde para la autora existe un marco jurídico imperfecto, necesitado de la construcción de un consenso de la comunidad internacional sobre la interpretación de las limitaciones que el DI establece sobre el empleo de los drones. Para cerrar esta primera parte, Eimys Ortiz trata los drones armados en el marco de la Unión Europea, donde el camino recorrido cuenta con el Parlamento Europeo como instigador de una regulación clara y creí-

ble, posición que no encuentra eco en un consenso de los Estados miembros.

La segunda parte de la obra aborda las armas autónomas. En tres apretados capítulos se analizan, primero, cuestiones introductorias y de responsabilidad; segundo, su encaje en el DIH; y, tercero, de nuevo, los temas de responsabilidad internacional. En esta parte es donde se encuentran mayores solapamientos entre los distintos capítulos, tal vez inevitables. María José Cervell, en el suyo, atiende ineludiblemente a dos cuestiones previas que afectan a los sistemas de armas autónomas: su definición y si deben ser prohibidas. En ambos casos, no parece que haya habido consenso al respecto, tanto de los Estados como doctrinal. Resulta especialmente relevante en la aportación de la autora el análisis que hace sobre la responsabilidad internacional, postulando en el caso que nos ocupa la instauración de un régimen de responsabilidad objetiva para afrontar el daño que las armas pudieran causar. Irene Vázquez, por su parte, revisa las armas autónomas a la luz de los principios del DIH y de las obligaciones derivadas del art. 36 del Protocolo Adicional I de 1977, entendiendo que la ambición de los Estados por recurrir a estas armas hace necesaria su regulación, comenzando por una moratoria que permita avanzar en la elaboración de las normas aplicables. Dorothy Estrada dedica una mirada más a temas ya abordados previamente, como el binomio prohibición/regulación de las armas autónomas, aunque su esfuerzo principal trata de las cuestiones de responsabilidad internacional; si bien, acaba por dedicarse no tanto a la revisión de las normas secundarias típicas de la responsabilidad, cuanto a la de las normas primarias aplicables al conflicto armado: el DIH y los derechos humanos.

La tercera parte versa sobre ciberespacio. Cesáreo Gutiérrez Espada se plantea si existe ya un derecho aplicable a las actividades en el ciberespacio, que no se desarrollan para él sobre una tabula

rasa, con dos ámbitos cruciales: la prohibición del uso de la fuerza y las normas que regulan la responsabilidad internacional. Precisamente, Andrea Cocchini dedica su aportación a si se necesita un nuevo *ius ad bellum* ante los ciberataques, para lo que examina los arts. 2.4 y 51 de la Carta. Concluyen esta obra los trabajos de Juan Jorge Piernas sobre la Unión Europea y el ciberespacio, y María del Carmen Muñoz sobre ciberseguridad y espacio ultraterrestre.

En conclusión, una obra lograda, que analiza tres ámbitos fronterizos en el uso de las nuevas tecnologías y las cuestiones cruciales sobre el DI aplicable, todo ello en un marco en el que se revela una profunda cesura en la comunidad internacional entre los Estados de avanzada tecnología y el resto.

L. PÉREZ-PRAT DURBÁN

Universidad Pablo de Olavide

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.73.1.2021.4.03>

CORTÉS MARTÍN, J. M. y RUIZ YAMUZA, F. G. (coords.), *Retos actuales de la cooperación penal en la Unión Europea*, Madrid, Dykinson, 2020, 366 pp.

La cooperación judicial penal en la Unión Europea es uno de los elementos esenciales en la conformación del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ). Esta cooperación judicial en materia penal se estructura sobre dos técnicas complementarias, que son analizadas con detalle a lo largo de la obra reseñada. Por un lado, el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y, por otro lado, la armonización de legislaciones entre los sistemas jurídicos de los diferentes Estados miembros.

El elemento transfronterizo como aspecto esencial en la cooperación judicial penal en la Unión Europea se estudia en el primero de los capítulos (López Escudero). Se describe como los instrumentos de reconocimiento mutuo (entre los que sobresale la euroorden) implican, necesariamente, medidas de armonización legislativa; especialmente en lo relativo a las garantías procesales en los procedimientos penales. Además, se expone como, en sus orígenes, estas normas estaban destinadas exclusivamente a procedimientos con elementos transfronterizos. Sin embargo, actualmente, en la mayoría de los casos, se articulan como normas de alcance general, por tanto, aplicables a los procedimientos estrictamente estatales. Esta circunstancia va a

obligar a una importante labor de desarrollo jurisprudencial por parte del TJ.

En el segundo capítulo se examinan los límites al principio de confianza mutua en la cooperación judicial penal, en especial en el ámbito de la euroorden (Cortés Marín). La Unión Europea no ha optado por un sistema penal uniforme o completamente armonizado, sino por un sistema de cooperación entre los Estados miembros sobre la base del principio de confianza mutua. No obstante, este principio de confianza mutua no se encuentra regulado expresamente en los Tratados, por lo que se hace necesario articularlo con la protección de los derechos fundamentales. En concreto, el TJ admite que un tribunal nacional puede negarse a la entrega de un procesado, si está convencido de que sufriría una violación de algún derecho fundamental. Por tanto, los derechos fundamentales son un límite válido para que los tribunales nacionales denieguen una orden de detención europea.

En el Capítulo III (Martín Rodríguez) se realizan reflexiones acerca de los elementos esenciales sobre los que se configura el ELSJ: reconocimiento mutuo, derechos fundamentales, confianza mutua, Estado de derecho y armonización legislativa. Se plantea la necesidad de establecer una adecuada articulación entre estos elementos esenciales del ELSJ

y, en concreto, el TJ debe plantearse los límites entre confianza mutua y reconocimiento mutuo, en el marco del respeto a los derechos fundamentales y al Estado de Derecho.

Los siguientes capítulos, desde una perspectiva eminentemente práctica, analizan aspectos de la cooperación penal en su aplicación por los tribunales de los Estados miembros. En el Capítulo IV (Giuffrida) se estudian los elementos esenciales de las Decisiones marco que regulan la cuestión de «la detención de ciudadanos de la Unión Europea en otros Estados miembros y susceptibles de reducir la duración de la detención preventiva o facilitar la rehabilitación social de los reclusos en un contexto transfronterizo». Las presentes Decisiones marco contemplan el pleno reconocimiento mutuo de: las sentencias que imponen penas de prisión y otras medidas que limitan la libertad personal, las sentencias o decisiones que prevén una suspensión condicional y sanciones sustitutivas y medidas cautelares que prevén medidas alternativas a la detención bajo custodia.

El Capítulo V (Gómez-Rodulfo de Solís) incorpora una perspectiva española, exponiendo los problemas que se suscitan en la incorporación al ordenamiento español de los instrumentos de la Unión Europea. Esta transposición se ha efectuado mediante la Ley 23/14, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea y su posterior modificación mediante Ley 3/2018, de 11 de junio, para regular la Orden Europea de Investigación. Además, se exponen los supuestos de hecho en los que puede denegarse el reconocimiento mutuo o la ejecución de instrumento de reconocimiento mutuo: *non bis in ídem*, prescripción, error o insuficiencia del certificado que acompaña la solicitud, inmunidad y vulneración de derechos fundamentales.

En los dos capítulos siguientes se describe el principal elemento de reconoci-

miento mutuo de resoluciones judiciales penales, como es la orden europea de detención y entrega. El Capítulo VI (Ruz Gutiérrez) señala que este instrumento se fundamenta en la confianza mutua entre los Estados, articulada sobre la base de un elevado estándar de protección de los derechos fundamentales. Asimismo, el capítulo expone los caracteres esenciales de la práctica española sobre la materia. En el Capítulo VII (Ruiz Yamuza) se incide en los derechos fundamentales como límite a la ejecución de la orden europea de detención y entrega. Se señala como la cooperación judicial requerida a un tribunal nacional puede ser rechazada o condicionada a la preservación de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales y en el CEDH.

En los dos capítulos siguientes se explica uno de los elementos más novedosos en la cooperación judicial penal en la Unión Europea, como es la orden europea de investigación en materia penal. En el Capítulo VIII (Rueda Negri) se exponen sus elementos esenciales y se abordan las sanciones pecuniarias propias del orden penal, el decomiso y el embargo. En el Capítulo IX (Espina Ramos y Poza Cisneros) se detallan los aspectos esenciales de la orden europea de investigación, los principales problemas en su aplicación y su relación con otros instrumentos de cooperación judicial penal.

En el Capítulo X (Bujas y Pavelin) se expone la jurisprudencia del TJ en relación con el reconocimiento mutuo en el marco de la orden europea de detención y entrega. En especial, se analiza el asunto *AY*, en el que, mediante una cuestión prejudicial, el TJ perfila sus límites, incluidos los supuestos en los que una autoridad judicial debe negarse a ejecutar la orden europea de detención y entrega.

En definitiva, esta obra ofrece un análisis pormenorizado de los principales instrumentos de cooperación penal en la Unión Europea, en especial de la orden

Europea de detención y entrega y de la orden europea de investigación. El presente trabajo combina las contribuciones de expertos académicos con las aportaciones de operadores jurídicos que, en su actividad profesional, se enfrentan a la aplicación práctica de estos instrumentos de cooperación judicial penal. Esta metodología se considera especialmente

acertada en el análisis de la cooperación judicial penal en la Unión Europea, ya que no solo permite su conocimiento teórico, sino también las fortalezas y debilidades de su aplicación práctica.

J. URBANEJA CILLÁN
Universidad de Alicante

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.73.1.2021.4.04>

DRNAS DE CLÉMENT, Z., *Los paradigmas ideológicos y la concepción del Derecho internacional*, Córdoba, Advocatus, 2020, 172 pp. (<https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/06/LOS-PARADIGMAS-IDEOL%C3%93GICOS-drnas-de-clement.pdf>).

La Jurista Zlata Drnas, con su conocimiento integral del Derecho, nos hace llegar en esta oportunidad una contribución de doctrina jurídica en estado puro, un ámbito frecuentado en el Derecho internacional por su proximidad con la teoría del Derecho. Es un aporte conciso en su dimensión y al mismo tiempo profundo y amplio en su proyección al condensar las variadas concepciones doctrinarias que conviven en la actualidad en esta disciplina jurídica.

Este libro constituye, por esa razón, una notable contribución al conocimiento de un número insospechado de reflexiones sobre los fundamentos no solo normativos, sino también políticos y sociológicos del Derecho internacional.

El libro que ha elaborado la Profesora Drnas, si bien se enuncia como una investigación sobre las concepciones doctrinarias del Derecho internacional, tiene una visión que lo trasciende al situarse en la divergencia de los presupuestos científicos desde los cuales el Derecho internacional adquiere su esencia normativa y se interroga sobre su propia validez.

En los *Aspectos introductorios* la autora describe el concepto de paradigma ideológico en el Derecho internacional, distinguiendo entre ideología y paradigma. Los *paradigmas normativos* pueden ser particularistas, que requieren una so-

ciudad homogénea, o universalistas, que consideran el conflicto como un motor de cambios sociales. En esos escenarios opuestos se inserta el sistema jurídico de la comunidad internacional, un orden normativo elemental pero suficiente para que la comunidad de Estados actúe como un sistema cerrado interno.

La Carta de las Naciones Unidas inaugura una nueva etapa, que inscribe a la comunidad internacional en el constitucionalismo internacional basado en un ideal de convivencia aglutinado bajo principios universales comunes. La Profesora Drnas analiza luego las teorías del Constitucionalismo Internacional y Global, el Derecho administrativo global, el Pluralismo Global, el Pluralismo interpretativo, el Progresismo Transnacional, el Pluralismo Radical, las escuelas racionalistas y agnósticas, las corrientes de la dogmática jurídica y las doctrinas de la sociología jurídica. Es importante destacar además el abrumador material incluido por la Profesora Drnas en las referencias. Describe los *paradigmas normativos*. El Constitucionalismo Internacional tiene raíces en Verdross y en Lauterpacht, que perciben un orden universal orientado a la paz y la justicia que considera el Derecho como orden jurídico, concepción representada actualmente por el sistema de Naciones Unidas y convalidada por la Corte Internacio-

nal de Justicia y por autores como Bruno Simma y Bardo Fassbender con sus propios matices. El Constitucionalismo Global distingue algunos ámbitos que abordan problemas globales cercanos a un «dominio jurídico global». El Proyecto «Global Constitutionalism and Global Governance» dirigido por Anne Peters, o el del Derecho del Futuro, así como el que analiza el Derecho público o administrativo global, derivado de organizaciones internacionales u organizaciones híbridas que cumplen funciones públicas, como la que establece las normas ISO (Organización Internacional de Normalización) que se inscriben en este ámbito. A continuación, la autora analiza los *paradigmas orientados a la política y a la sociología*. Allí ubica al Pluralismo Jurídico Global, que describe la interacción de normas jurídicas compartidas por distintos órdenes jurídicos y diferentes jurisdicciones nacionales, aplicadas por tribunales nacionales y transnacionales. Se describen luego algunas de las «Corrientes orientadas predominantemente a la Política», en las que el Derecho es un proceso y no un producto. Señala dos corrientes que se destacan en esta vertiente, la Escuela de Yale o de New Haven, expuesta principalmente por Myres S. McDougal y Michael Reisman y la Escuela de Harvard, orientada al pragmatismo, que también considera el Derecho como un proceso y no como un conjunto de normas.

Por último, la autora nos guía por las *Corrientes orientadas predominantemente a la Sociología*, tal el Pluralismo Interpretativo o «Judicial Law Making», que coloca a la interpretación judicial en un

protagonismo creativo, examinando de manera lúcida decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, si bien es subjetivo diferenciar entre interpretación y creación de una nueva norma, enfoque calificado como «activismo judicial». La Profesora Drnas se ocupa en esta última parte del Progresismo transnacional o Pluralismo radical, contrario a la persistencia de las actuales instituciones internacionales; se sumerge en el concepto de «Critical Legal Studies», que incorporan al Derecho la teoría crítica de la Escuela de Frankfurt, vinculada al deconstructivismo de Jacques Derrida y termina describiendo el Constitucionalismo Global Orgánico, que comparte la orientación del pluralismo radical sociológico y se aleja por tanto del constitucionalismo.

Esta publicación de la Profesora Zlata Drnas nos proporciona un conciso y profundo panorama general de las corrientes doctrinarias actuales del Derecho internacional y, más aún, nos brinda el placer de hacerlo mediante una prosa refinada y precisa que resalta la calidad de su contenido. Bienvenido este aporte científico que enriquecerá a todos aquellos interesados en el estudio, la enseñanza, la aplicación y la investigación del Derecho internacional, una disciplina jurídica que va más allá de las normas para insertarse en el ámbito multidisciplinario de la sociología, las relaciones internacionales y la política internacional. Sin ninguna duda, una lectura no solo recomendable sino necesaria.

L. DEL CASTILLO DE LABORDE

Universidad Nacional de Buenos Aires
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.73.1.2021.4.05>

ESPLUGUES MOTA, C. (ed.), *Tratado de Arbitraje Comercial Interno e Internacional en Iberoamérica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, 639 pp.

1. Esta excelente obra inaugura la nueva serie *Arbitraje* de la editorial Tirant lo Blanch. El texto en cuestión constituye un proyecto muy ambicioso, por cuanto

pretende —y consigue— proporcionar al lector un estudio actual y detallado en clave de Derecho comparado del arbitraje comercial en Iberoamérica. No

hay otra referencia doctrinal, siquiera similar, en este ámbito. Por ello, este Tratado *comparado* constituye una valiosa aportación, tan útil como actual, para el operador económico.

2. El Tratado está compuesto por veinte capítulos o epígrafes que se dividen del siguiente modo: dos introductorios y 18 capítulos de Derecho comparado. El primero de los capítulos introductorios, redactado por el Profesor Esplugues, («El arbitraje comercial en Iberoamérica: una realidad consolidada no exenta de tensiones») llama ya la atención del lector respecto de los problemas y tensiones más relevantes que, en términos generales, se plantean desde el contexto de la regulación iberoamericana. Y así, tras explicar cómo los métodos alternativos de resolución de controversias (MASC) están configurándose en la actualidad como una auténtica vía complementaria a los tribunales estatales y no como meras alternativas a los mismos; tras demostrar también que tanto en el seno de la Unión Europea como en Iberoamérica el apoyo a los MASC es generalizado; y tras explicar el alcance del concepto amplio de la denominación MASC (pues incluye la negociación, mediación, conciliación y arbitraje), desbroza el autor alguna de las claves más importantes del arbitraje *iberoamericano*. Punto de partida en este análisis es la constatación de la modernidad de las soluciones que las respectivas leyes nacionales acogen. Es decir, el arbitraje iberoamericano ha sido y es sensible y ha recogido y recoge las soluciones actuales que aporta el Derecho comparado. A partir de aquí, se analizan en clave comparada las cuestiones más relevantes en torno al convenio arbitral, la arbitrabilidad de la materia, el nombramiento de árbitros, el procedimiento arbitral y el control de los laudos arbitrales, tanto en el ámbito de anulación como del exequátur.

3. También requiere particular atención el segundo capítulo introductorio. Redactado por las Profesoras Beatriz Pa-

llarés y Paula María All, aborda el estudio de los convenios internacionales en materia de arbitraje internacional en vigor en Iberoamérica («La regulación del arbitraje comercial internacional en los Tratados internacionales»). En este contexto, además de la obligada referencia al Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras (CNY), se hace un minucioso recorrido sobre el panorama convencional, de particular relevancia para todo operador económico con intereses comerciales en el continente iberoamericano. Deben considerarse, en este sentido, el *Tratado de Derecho Procesal Civil Internacional de Montevideo* (1989), el *Tratado de Montevideo de Derecho Procesal Civil Internacional* de 1939/40, el *Código de Bustamante* (suscrito en La Habana en 1928 y adoptado por 15 Estados, pero —como advierten las autoras— de aplicación compleja debido al gran número de reservas y cláusulas de salvaguardia). Además, en el contexto de la CIDIP, debe repararse en la posible aplicación de la *Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional* (CIDIP I, Panamá, 1975) y la *Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros* (CIDIP II, Montevideo, 1979). Por fin, en el ámbito del Mercosur se han alumbrado también una serie de instrumentos con incidencia sobre el arbitraje comercial: dos protocolos, dos acuerdos y un Reglamento modelo. En concreto, el *Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativo* (Las Leñas, 1992), el *Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en material contractual* de 5 de agosto de 1994, el *Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur*, el *Acuerdo sobre arbitraje comercial internacional entre el Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile* (Buenos Aires, 1998) y, por fin, el *Reglamento modelo de arbitraje comercial internacional para las instituciones arbitrales del Mercosur, Boli-*

via y Chile. Se trata, como de una lectura puede constatarse, de instrumentos que no empañan la hegemonía del CNY en el espacio latinoamericano.

4. Tras estos dos capítulos introductorios, el estudio de Derecho comparado acomete el análisis de los siguientes ordenamientos: el ordenamiento en materia arbitral de Argentina (Profesoras Paula María All y Beatriz Pallarés), Bolivia (Profesor William Herrera), de Brasil (a cargo de los Profesores Thiago Paluma y Tatina Cardoso), Chile (Profesora M. Fernanda Vásquez), Colombia (Profesora Claudia Madrid), Costa Rica (Profesor Francisco Gómez-Fonseca), Cuba (Profesor Juan Mendoza), Ecuador (doctora María Elena Jara), El Salvador (magistrado Oscar Samour), Guatemala (licenciados Martín Castellano y Álvaro Rodrigo Castellanos), Honduras (Profesora Claudia María Castro), México (doctor Francisco Javier Gorjón), Nicaragua (Profesor José René Orúe), Panamá (Abogada Selva del Carmen Quintero), Perú (José Luis Pinto Rocha), República Dominicana (Magistrada Lilda Solana), Uruguay (Profesor Santiago Pereira y Doctora Valeria Seines) y, finalmente, Venezuela (Abogada Militza A. Santana y Profesora Ivette S. Esis).

5. Todos y cada uno de los estudios de Derecho comparado siguen una estructura muy similar. En concreto, tras una breve descripción del marco legal —con especificación de la norma o nor-

mas aplicables— se analizan las cuestiones clásicas con un orden casi paralelo. Estas son, la relativa al *convenio arbitral*; la relativa a la *arbitrabilidad* de la materia; la relativa a los árbitros (número, condición y control de su competencia), la relativa al mismo *procedimiento arbitral*, la relativa a la *terminación del arbitraje*, la relativa a la *ley aplicable al fondo de la controversia* y, por lo que hace al control y auxilio al arbitraje, la relativa a la acción de *anulación, ejecución y ejecución* del laudo arbitral.

6. La estructura así descrita permite, a su vez, un estudio ágil de cualquier cuestión concreta en clave de Derecho comparado. Así, si el lector necesita estudiar o enfrentarse a la eficacia de un convenio arbitral conforme a la ley de alguno de los ordenamientos citados, encuentra rápidamente en el índice del texto el respectivo epígrafe. Lo mismo ocurre cuando el lector —sea práctico o teórico— necesita comprobar o estudiar el régimen de anulación del laudo arbitral. Este aspecto es muy de agradecer y dota de todo su sentido a este libro, pues permite al operador obtener las coordenadas necesarias para, por ejemplo, designar la sede de su arbitraje. Ejemplo real que sirve también para demostrar la importancia y sentido de este libro.

M. GÓMEZ JENE

Universidad Nacional de Educación
a Distancia

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.73.1.2021.4.06>

ESPLUGUES MOTA, C. (ed.), *Tratado de inversiones extranjeras y arbitraje de inversiones en Iberoamérica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

Es muy de celebrar que el Derecho de las inversiones internacionales interese cada vez más a un número creciente de académicos incardinados formalmente en áreas disciplinares como el Derecho internacional privado o el Derecho procesal. La visión que estos juristas aportan al complejo mundo de las inversiones internacionales es sin duda valiosa y con-

tribuye a debilitar fronteras académicas ficticias, que tan incomprensiblemente siguen subsistiendo en muchos planes de estudios y en muchas mentalidades contemporáneas.

La interdisciplinariedad, *filo rosso* del Derecho económico internacional que asimismo debería conformar el ADN de

los juristas españoles, es una destacada característica del libro que aquí se recensiona. En este sentido, *Tratado de inversiones extranjeras y arbitraje de inversiones en Iberoamérica* es una obra coral, tanto por lo que respecta a su autoría múltiple —31 autores—, como a los perfiles de estos profesionales —profesores universitarios, abogados, altos funcionarios, etc.—. De acuerdo con su título, el libro ha elegido un foco geográfico igualmente amplio y plural: el conjunto de países americanos que en su día formaron parte de los reinos de España y Portugal, dedicando un capítulo a cada uno de ellos (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay, Venezuela).

Esta extensa obra colectiva, publicada en el marco de dos proyectos de investigación dirigidos por la Profesora Barona Vilar, recopila 20 informes nacionales sobre la regulación de las inversiones extranjeras en Iberoamérica y sobre los mecanismos existentes en dichos Estados en materia de solución de controversias derivadas de inversiones internacionales. Esto es, el mecanismo fundamentalmente estudiado a lo largo de sus más de siete centenas de páginas es el arbitraje de inversiones, aunque, como adecuadamente se especifica en el respectivo capítulo, Brasil ha optado por permanecer al margen de este *boom* arbitral y se ha decantado por potenciar otros mecanismos de prevención de disputas. Es por ello que en algunas ocasiones el libro regala al lector una información adicional, que excede los perímetros arbitrales apuntados en su título.

Los 20 capítulos aquí referidos no siguen una estructura interna armonizada, sino que cada autor ha gozado de autonomía para conformar a su voluntad el esqueleto y el contenido de su respectiva contribución. Aunque esta diversidad de contenidos tal vez pueda requerir un esfuerzo de comprensión y sistemati-

zación extra por parte del lector, ha de valorarse como un rasgo definitorio positivo del presente libro. Cada especialista se ha esforzado por plasmar en su trabajo las características más relevantes del país analizado, recayendo el énfasis en algunos casos sobre la diversa legislación sectorial que un legislador nacional ha emitido en torno a diversos aspectos referidos a las inversiones extranjeras, haciéndose hincapié en otros en los laudos internacionales que han contado con un determinado Estado iberoamericano como demandado y prestando especial atención en algunos otros a los tratados bilaterales y multilaterales firmados por el país objeto de estudio.

Los tres capítulos introductorios aportan igualmente coherencia transversal a esta obra colectiva. Junto a las lúcidas reflexiones del editor de la misma, el Profesor Esplugues Mota, sobre el pasado y el presente del apasionante sector jurídico de las inversiones internacionales, la contribución del Profesor Fernández Masía centra su atención en el futuro del arbitraje de inversiones y entrega el testigo a José Luis Gómara, Abogado del Estado y Delegado de España ante el Grupo III de UNCITRAL, para que ilustre a los lectores sobre la ambiciosa reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados por la que se ha apostado desde el seno de Naciones Unidas.

En el momento de elaborar esta reseña, el precitado Grupo de Trabajo III de UNCITRAL acababa de concluir su 39 período de sesiones en Viena. Durante los días 5 al 8 de octubre 2020, en el marco del debate global sobre la posible creación de un tribunal multilateral de inversiones, se abordaron cuestiones como las demandas infundadas, los procesos múltiples y las reconveniones, las garantías de pago de las costas y la interpretación de los tratados de inversión por parte de los Estados. Todos estos temas son valiosos ejemplos de la interdisciplinariedad jurídica que caracteriza al Derecho de las

inversiones internacionales y que, como se ha apuntado, también se aprecia en el libro aquí reseñado. Es de aplaudir que *Tratado de inversiones extranjeras y arbitraje de inversiones en Iberoamérica* siga la estela bibliográfica de otros académicos que llevan tiempo realizando merito-

rias aportaciones doctrinales en idioma español a la disciplina global del Derecho de las inversiones.

K. FACH GÓMEZ

Universidad de Zaragoza

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.73.1.2021.4.07>

FORCADA MIRANDA, F. J., *Comentarios prácticos al Reglamento (UE) 2019/1111. Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Madrid, Jurídica Sepin, 2020, 598 pp.

El primer estudio completo sobre el Reglamento 2019/1111 se realiza en el libro que recensionamos. Si muchos han sido los trabajos publicados sobre distintos aspectos de la Propuesta de reforma del Reglamento 2201/2003, presentada por la Comisión en 2016, y muchos serán aquellos otros los que analizarán disposiciones concretas del texto finalmente aprobado, la gran virtud de esta obra es que aborda de forma integral, y desde una perspectiva práctica, el nuevo Reglamento 2019/1111. El Magistrado Doctor en Derecho F. J. Forcada Miranda, Jefe de Sección de Relaciones Internacionales del CGPJ y Representante de España en la Red Internacional de Jueces de la Conferencia de La Haya, es un práctico del Derecho que conoce bien y trabaja los distintos instrumentos aprobados por el legislador europeo en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, lo que le permite no solo estudiar las soluciones del Reglamento 2019/1111, sino también su interrelación con otros instrumentos, así como su coordinación con la normativa española en la materia.

El objetivo de la obra es analizar las novedades que el Reglamento 2019/1111 aporta por referencia al texto previo del Reglamento 2201/2003. Para ello, y con la finalidad de facilitar la labor del operador jurídico, el autor comenta los 105 artículos conforme están distribuidos en los nueve capítulos del Reglamento: Ámbito de aplicación y definiciones; Com-

petencia en materia matrimonial y de responsabilidad parental; Sustracción internacional de menores; Reconocimiento y ejecución; Cooperación en materia de responsabilidad parental; Disposiciones generales; Actos delegados; Relaciones con otros instrumentos, y Disposiciones finales. La obra concluye con un índice de la jurisprudencia, además de la bibliografía citada.

Y puesto que en esta sistemática no encaja bien un epígrafe final de «Conclusiones», el Dr. Forcada Miranda realiza en la «Introducción» de la monografía una valoración global positiva del nuevo instrumento aunque sin que ello signifique, como afirma, que acepte «todos los postulados de la propaganda institucional que acompañan a la publicación de textos legales de tanto calado, como es el caso del Reglamento 2019/1111» (p. 30). Así, y por destacar algunos, considera que si es cierto que se mejoran los procedimientos judiciales transfronterizos en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones, al suprimirse el exequatur y mantenerse el régimen especial de las decisiones privilegiadas, esto no significa que vaya a potenciarse el principio de confianza mutua en temas tan sensibles como lo son aquellos que afectan a menores.

En líneas generales el comentario de cada artículo del Reglamento responde al mismo patrón: se transcribe de forma

literal el contenido de la disposición, se analizan sus soluciones y, cuando las hay, las novedades que se introducen, recogiendo la correspondiente jurisprudencia del TJUE.

Es cierto que de los dos ámbitos de aplicación del Reglamento se consideró que no era preciso la necesidad de intervenir en materia de crisis matrimoniales, por lo que el autor, al estudiar esas normas, reflexiona sobre si la opción elegida ha sido la más acertada, teniendo en cuenta las numerosas deficiencias aplicativas que la práctica ha puesto de relieve.

Por esta razón, la verdadera apreciación sobre el calado de la reforma se realiza cuando el Dr. Forcada Miranda va presentando la nueva regulación en materia de responsabilidad parental: el concepto de «menor» (art. 2.2.6); las reglas de competencia judicial internacional, en las que se incluyen las medidas provisionales, incluidas las cautelares, en casos de urgencia (arts. 7 a 16); el derecho del menor a expresar su opiniones (art. 21); el nuevo Capítulo III dedicado a la sustracción internacional de menores (arts. 22 a 29); o las soluciones en materia de reconocimiento y ejecución (arts. 30 a 75). Junto a ellas destaca cómo se refuerza de forma notable en el Capítulo V, arts. 76 a 84, la cooperación entre las autoridades centrales, pieza clave para el efectivo funcionamiento del sistema. Hasta tal punto es así que al autor le sorprende que el Reglamento 2019/1111 no haya añadido a su título la «cooperación» como una de las materias propias a las que va dedicado, como así consta en

el Reglamento 4/09. También se analizan con detalle las normas que regulan las relaciones con otros instrumentos, especialmente el «distanciamiento» respecto del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 (art. 96) y la mejor «clarificación» con el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 (art. 97).

Pero además de todo esto la obra se singulariza por dos cualidades. De un lado, por las continuas referencias a la normativa interna española (en particular en materia de sustracción internacional de menores tras la reforma de 2015 —arts. 778 quáter, 778 quinquies y art. 778 sexies LEC—); y por otra parte, porque en el análisis de cada artículo se recoge la jurisprudencia del TJUE dictada sobre el Reglamento 2201/2003 (34 sentencias y 8 autos). Sobre este último aspecto señala el Magistrado Forcada Miranda que es «preocupante» que, a la fecha de cierre de su trabajo, ningún órgano jurisdiccional español haya planteado nunca una cuestión prejudicial relativa al Reglamento 2201/2003 lo que achaca, entre otros motivos, a la falta de una jurisdicción especializada de familia.

En definitiva, y para finalizar, la presente monografía constituye una obra de obligada consulta que ayudará a los operadores jurídicos a entender y aplicar de forma correcta las soluciones del nuevo Reglamento 2019/1111.

M. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ
Universidad de Sevilla

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.73.1.2021.4.08>

GIL GANDÍA, C., *La reparación de las víctimas de crímenes internacionales y la Corte Penal Internacional*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, 351 pp.

La Historia de la Humanidad demuestra que las víctimas de los crímenes internacionales han sido siempre las grandes olvidadas; olvidadas por los Estados y por la Comunidad Internacional,

como se desprende del hecho de que la Justicia que se ha impartido hasta el momento haya sido una justicia centrada en el castigo de los responsables. El estudio realizado por el Dr. Gil pone el foco en

el sistema de reparación de las víctimas previsto en el Estatuto de la CPI y en el conjunto de textos que lo complementan y desarrollan, y lo hace, tomando como eje del mismo la praxis existente hasta el momento. En este sentido, es indudable la oportunidad del estudio y su aportación a la doctrina en lengua española, por lo que es de agradecer, tanto desde un punto de vista científico como humano, la publicación de un trabajo de estas características.

Si bien el Proyecto de la CDI carecía de cualquier referencia a las competencias reparadoras de la que sería la futura CPI, los desarrollos habidos en el seno del Comité preparatorio mostraron una mayor sensibilidad hacia la inclusión de la función reparadora de la Corte, lo que no impidió que, ya en el seno de la Conferencia, reapareciera la corriente contraria a esa idea. Sin embargo, el texto aprobado aquel determinante 17 de julio de 1998 supuso la superación, al menos parcial, de las reticencias de algunos hacia el reconocimiento de la función restaurativa de la CPI —una función que no sustituye, sino que complementa la función retributiva— y que, como recuerda el autor, también en este marco debe actuar dentro de los límites establecidos por el Estatuto, pues se trata de una jurisdicción complementaria, con una jurisdicción material, subjetiva y temporal restringida.

Desde las primeras páginas el autor anuncia que su objetivo es analizar «de qué modo y hasta qué punto la Corte Penal Internacional imparte justicia restaurativa, a fin de que las víctimas se sientan reparadas del daño y partícipes del proceso internacional penal» (p. 27). Con ese propósito en mente estructura su trabajo en cuatro capítulos que discurren dentro de un estilo reflexivo y crítico: el primero de ellos, el Capítulo I, se centra en analizar la función restaurativa de la CPI, tomando en consideración los órganos que tienen atribuida esa función —Salas y Fondo Fiduciario—, así como los prin-

cipios que, según la propia jurisprudencia de la CPI, deben tenerse en cuenta en el momento de proceder a la reparación; el Capítulo II se ocupa de analizar las nociones de «víctima» y «derecho a la reparación» en la CPI; el Capítulo III aborda el estudio del procedimiento para obtener la reparación y la participación de la víctima a efectos restaurativos, para concluir el trabajo con un último capítulo, el Capítulo IV, dedicado al estudio de la cooperación con la CPI por los Estados parte y por el Fondo Fiduciario para las Víctimas. El autor finaliza su trabajo con unas conclusiones, en las que muy valientemente realiza propuestas de mejora del sistema de la Corte Penal Internacional, en su vertiente restaurativa, y con un valiosísimo anexo de fuentes doctrinales, pero sobre todo jurisprudenciales, reflejo del protagonismo que esta tiene en el trabajo objeto de la presente recensión.

Del estudio de las decisiones adoptadas por la Corte hasta el momento del cierre del trabajo —asuntos *Lubanga*, *Katanga* y *Al Madhi*— el autor extrae el conjunto de principios sustantivos y procesales por los que se rige la CPI para fijar la reparación. Particular interés tiene a mi juicio el análisis que el autor realiza de la noción de víctima, distinguiendo claramente entre víctima a efectos de determinación del hecho punible y víctima a efectos de reparación, noción que al propio tiempo aborda desde una doble vertiente: víctimas del mandato judicial, cuya reparación sería ofrecida por la CPI, y víctimas del mandato de asistencia, cuya reparación sería ofrecida por el Fondo Fiduciario. Para todo ello, el Dr. Gil analiza las decisiones adoptadas por las Salas, y concluye que la noción de víctima que resulta de la práctica de la Corte es más amplia que la literalidad del art. 75 del Estatuto y la Regla 85 del RPP, pues alcanza a personas físicas o jurídicas —incluyendo a los Estados y a la propia Comunidad Internacional como se ha puesto de manifiesto en el caso *Al Madhi*— que se hayan visto perjudicadas

personalmente —ya sea de forma directa o indirecta— por un crimen del que haya resultado condenado el reo, pues es este quien tiene la obligación de reparar a la víctima de forma íntegra, adecuada, proporcional y pronta, algo que puede resultar infructuoso si se declara su insolvencia, momento a partir del cual entra en juego el Fondo Fiduciario hasta tanto el condenado adquiera mejor fortuna. En este sentido, el autor hace una propuesta sugerente pero un tanto arriesgada como es la reforma del Estatuto de Roma con el fin de que ante situaciones de insolvencia sean los «Estados involucrados» quienes respondan ante la víctima (pp. 132-135).

Resulta ilustrativo igualmente el estudio realizado sobre las modalidades de reparación, del cual se desprende que la Corte ha dado prioridad a las reparaciones colectivas sobre las individuales. El autor aboga por que la CPI responda conforme a las preferencias de las vícti-

mas, si bien, puede no resultar realmente viable siquiera en la modalidad de reparación vía indemnización, pero sí en las otras modalidades de reparación analizadas por el autor como la rehabilitación, la petición de perdón, el diálogo restaurativo vinculado a la memoria y en la política de reconocimiento a las víctimas.

En definitiva, nos encontramos ante una obra de indudable interés científico pues aborda un tema aún en construcción, por tanto, necesitado de estudios como el presente, y lo realiza una persona que desprende compromiso hacia las víctimas, lo que le lleva a hacer propuestas constantes de mejora de un sistema, el internacional penal, que históricamente las había olvidado.

M. D. BOLLO AROCENA

Universidad del País Vasco/Euskal

Herriko Unibertsitatea

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.73.1.2021.4.09>

JIMÉNEZ GARCÍA, B. S., *Garantías reales sobre bienes inmateriales en el comercio internacional*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, 487 pp.

Será difícil encontrar un tema más complejo que el que es objeto de este libro. El estudio de los bienes inmateriales es, en sí, difícil, y a esto se añade la regulación de las garantías; derechos sobre derechos, que se constituyen normalmente a través de contratos, lo que implica combinar la regulación real con la obligacional.

Si a lo anterior le sumamos que lo que se estudia son las garantías sobre bienes inmateriales «en el comercio internacional»; esto es, teniendo en cuenta ordenamientos de varios países no solamente con regulaciones diferentes, sino con concepciones en ocasiones distantes sobre la configuración de los derechos sobre bienes inmateriales, las garantías que pueden constituirse en relación a tales derechos y su tratamiento en el tráfico internacional, nos daremos cuenta de la dimensión del desafío al que se enfrenta la autora.

Cuanto más complejo es el problema más claro ha de ser el esquema. La obra que comentamos refleja este principio, ya que su arquitectura es lógica, simple y coherente. El libro se divide (no formalmente) en dos partes. La primera de ellas, a la que se dedican los Capítulos I y II, analiza las características y la naturaleza de los bienes inmateriales como objetos de garantía. La segunda se ocupa de las cuestiones específicas de las operaciones conectadas con diversos ordenamientos en relación a las garantías reales sobre bienes inmateriales. El Capítulo III trata de la ley aplicable a las garantías; el IV, de la constitución de las garantías; el V, de su eficacia, y el VI, del reconocimiento de las mismas. En todos ellos se incluye un tratamiento detallado de las diferencias entre los derechos de varios países, abarcando tantos sistemas de Derecho continental como de *common law*.

El resultado de lo anterior es una obra que ha de ser de referencia para cualquier interesado en el tema. En ella encontrará información relevante y actualizada sobre el régimen de las garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual e industrial, tanto desde la perspectiva del Derecho material como desde la del DIPr.

En lo que se refiere a la primera dimensión, el Derecho material, la atención se fija en los problemas clásicos en relación a las garantías sobre bienes inmateriales: sobre qué bienes pueden constituirse las garantías y cuáles son los tipos de garantías posibles, así como el papel de los registros públicos tanto en la constitución de la garantía como en su eficacia frente a terceros. Tras este análisis del Derecho material se pasa a los aspectos específicos de DIPr, en los que el eje es la delimitación del alcance de la *lex loci protectionis* y su articulación con otros estatutos relevantes. También se trata la forma de concretar la ley aplicable, teniendo en cuenta los diferentes puntos de conexión existentes y, sobre todo, la posibilidad de que las partes elijan el Derecho aplicable al contrato por el que se constituye la garantía y los efectos de esta. Esta última cuestión incide en la anterior de una doble forma: por una parte, la necesidad de una suficiente previsibilidad en la solución del caso concreto impediría que la autonomía de la voluntad de las partes pudiera alcanzar a cuestiones que afectarían a terceros ajenos a la elección. Por otra parte, sin embargo, una interpretación rígida de la *lex loci protectionis* dificultaría la posibilidad de constituir garantías sobre derechos localizados en países diversos. Hay que tener en cuenta que en el ámbito internacional la ley que rija la garantía y el derecho sobre el que se constituya esta pueden ser diferentes; lo que no sucede en los supuestos internos. Dotar de un margen mayor a la autonomía de la voluntad de las partes contribuiría a facilitar la constitución y eficacia de las

garantías sobre bienes inmateriales en el tráfico internacional, así que buena parte de los esfuerzos de la autora se dedican a detallar en qué forma esta autonomía de la voluntad podría ir reduciendo el papel de la *lex loci protectionis*.

En este «ir y venir de la mirada» entre *lex loci protectionis* y sus alternativas hay otro elemento de singular relevancia: la ley del registro. El registro del derecho sobre el que se constituye la garantía y de la garantía misma ofrece un alto nivel de seguridad jurídica, y la comunicación entre registros facilitaría las operaciones internacionales. De esta forma, sobre el registro podría construirse un sistema que sirviera, a la vez, a la seguridad jurídica y a las necesidades del tráfico internacional.

Esta enumeración no exhaustiva de las cuestiones abordadas en la monografía creo que da cuenta de la entidad de la misma. Nos encontramos ante una obra muy sólida, exhaustivamente documentada y que analiza todas las cuestiones relevantes. La descripción de la situación y de los problemas existentes va acompañada de propuestas de solución; propuestas que parten de una visión pragmática, centrada más en el problema que en la norma. Es una visión que fue antigua en su momento y que ahora ya es otra vez moderna, por lo que nos encontramos ante una verdadera obra del DIPr del siglo XXI. Un jurista del siglo XX hubiera abordado el tema de una manera distinta, más abstracta y formal, más centrada en cuestiones como la calificación y la adaptación, que aquí son mencionados casi de pasada, y menos atenta a los problemas concretos que se plantean en la realidad del tráfico jurídico. Existe una indicación clara de ello: en esta obra, en que, como digo, los problemas de calificación son clave, no encontramos, ni siquiera en la bibliografía, ni el artículo de E. Rabel «*Das Problem der Qualifikation*» ni *La Théorie des qualifications en droit international privé* de F. Rigaux. Su ausencia —estoy seguro— no

deriva del desconocimiento, sino de una opción meditada por hacer un trabajo de DIPr moderno en un sentido que ya es inevitablemente diferente para la autora y para este reseñador que, sin embargo, reconoce sin reservas que la perspectiva

adecuada es la de quien ha escrito este magnífico libro.

R. ARENAS GARCÍA

Universitat Autònoma de Barcelona

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.73.1.2021.4.10>

LIROLA DELGADO, I. y GARCÍA PÉREZ, R. (eds.), *Seguridad y fronteras en el mar*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, 310 pp.

Esta obra colectiva, editada por los Profesores Lirola Delgado y García Pérez, constituye el resultado del Congreso internacional celebrado en la Universidad de Santiago de Compostela, en octubre de 2019, dedicado a *La seguridad nacional en el mar: más allá de la estrategia de seguridad marítima*. Dicho congreso fue organizado por el Grupo de Investigación en Estudios Internacionales de la Universidad gallega en el marco de la ejecución del proyecto de investigación titulado *España ante los nuevos retos de la seguridad marítima: Instrumentos y estrategias en el marco internacional, europeo y peninsular*. La obra, compuesta de 13 contribuciones, se dedica al examen de los retos y amenazas a la seguridad en el mar y de las respuestas que tanto los Estados como las OOH aportan a los mismos, dedicando una atención particular a la visión y contribución de la Unión Europea.

Mientras la primera parte de la obra, tras enmarcar la contribución de la Unión Europea, aborda algunas de las principales amenazas a la seguridad marítima global que se producen en determinadas regiones del mundo, la segunda parte, de mayor extensión, se centra en el análisis de uno de los ámbitos de interés prioritario para la seguridad marítima como es el fenómeno de la inmigración irregular por mar y, especialmente, en el enfoque de seguridad o control adoptado frente al mismo por parte de la Unión Europea y de sus Estados miembros. Destaca la multidisciplinariedad de las contribuciones que conforman el trabajo, la cual

nos permite obtener, a través de la combinación de las herramientas propias del Derecho, las Relaciones Internacionales, la Ciencia Política y la Economía, una visión completa y esclarecedora de las complejas interconexiones entre seguridad y fronteras marítimas.

La parte I de la obra se inicia con el análisis de Ruiz González, de los objetivos, herramientas y principios de actuación con que cuenta la Unión Europea para contribuir a la seguridad marítima global, examinando tanto el marco general que aporta la Estrategia de Seguridad Marítima como el necesario componente militar que se refleja en las prioridades de la Estrategia Global para la Política Exterior y de Seguridad de la Unión Europea, ejemplificado a través de las Operaciones EU NAVFOR Atalanta y EUNAVFOR MED Sophia. A continuación, se presentan tres estudios que abordan determinadas amenazas a la seguridad marítima en distintas regiones del mundo. Así, Díaz Galán analiza en profundidad las implicaciones jurídicas del arresto y retención de buques petroleros británicos por las autoridades iraníes en el Estrecho de Ormuz a la luz de la regulación de los estrechos en Derecho del mar y del régimen de Responsabilidad Internacional. Ibáñez Gómez investiga la evolución, impacto y conexión entre los delitos de piratería marítima, narcotráfico y pesca ilegal en el Golfo de Guinea, abogando en favor de un enfoque regional que permita superar las limitadas capacidades de los países afectados. Y M'rabet Tamsamani

explora el proyecto de construcción del Canal de Salwa por parte de Arabia Saudí que convertiría a Qatar en Estado-isla, analizando, tras un estudio de los principales canales marítimos, el impacto de este proyecto, así como su viabilidad y legitimidad en DI.

La parte II del libro pone el foco en los retos que plantea la inmigración irregular por mar para la seguridad marítima, principalmente para la política de gestión de fronteras de la Unión Europea y los poderes de control que preservan sus Estados miembros. Ferreira y Rodrigues se detienen en los rasgos y factores que explican la evolución y las rutas de la migración irregular en el Mediterráneo, así como la construcción de posibles escenarios que incorporan las incertidumbres geopolíticas, económicas y laborales que influirán en la gestión del fenómeno en la región. Acosta Sánchez examina el concepto de «gestión integrada de fronteras» que maneja la Unión Europea y su aplicación al ámbito marítimo, presentando el conjunto de medidas adoptadas por la Unión y analizando, en particular, uno de los elementos esenciales de su política de fronteras, la Agencia Europea de Fronteras y Costas, Frontex, y las operaciones marítimas que regula su mandato. Ruiz Díaz aborda precisamente la consolidación de las Agencias como instrumentos centrales del ELSJ en la prevención y lucha contra el tráfico de migrantes e incide, específicamente, en la necesidad de coordinación de las actuaciones de Frontex, Europol y Eurojust y de refuerzo de su relación con la PCSD. Pérez-Cavolo profundiza en el papel de Frontex en el mantenimiento de la seguridad marítima y la seguridad interior de la Unión, examinando su mandato por lo que se refiere a su contribución a la lucha contra la delincuencia transfronteriza.

A continuación, la obra analiza, desde diversas perspectivas, la problemática de la criminalización de las acciones de rescate de migrantes en el mar llevadas a

cabo por diversas ONG en el Mediterráneo. Janer Torrens examina en profundidad si se está produciendo dicha criminalización de la ayuda humanitaria, a la luz de la cláusula facultativa de exención humanitaria prevista en el art. 1 de la Directiva 2002/90 y de la práctica desarrollada por los Estados miembros, y valora su compatibilidad con las normas internacionales en la materia. Montero Ferrer aborda también este tema, centrándose en los mecanismos de protección de las organizaciones dedicadas a los rescates en el mar en tanto que defensores de los derechos humanos. Aparicio Chofré, por su parte, analiza la legislación y práctica judicial italianas en relación con la tipificación del delito de favorecimiento de la inmigración clandestina, a la luz de la obligación de socorro en el mar y propone la recuperación del principio francés de fraternidad para la política europea de inmigración. El caso de Italia es tratado también por Mussi, quien examina el ejercicio extraterritorial de la jurisdicción penal por parte de los tribunales italianos para juzgar a los responsables de la comisión del delito de tráfico de migrantes cuando son interceptados en alta mar. Pone fin a esta parte y a la obra en su conjunto el trabajo de González-Laxe, Ruesga-Benito y Picatoste, quienes reflexionan sobre el estado del sector pesquero y su contribución a la sostenibilidad medioambiental y económica para centrarse en su dimensión social, la migración de los trabajadores de la pesca, y sus implicaciones para la gobernanza del sector.

Nos hallamos, en definitiva, ante una valiosa obra colectiva que, contribuyendo con rigor y enfoque crítico al debate científico en esta compleja temática, despertará el interés de cuantos investigadores se aproximen a la seguridad marítima en general y a los retos planteados, en particular, por la migración irregular por mar, en tanto que ámbitos en los que, especialmente desde el prisma de la Unión Europea y tal y como

demuestra este trabajo, la íntima vinculación entre seguridad interna e internacional se hace claramente palpable y en los que la coordinación y coherencia entre distintas políticas europeas, tanto

internas como externas, resulta imprescindible.

P. GARCÍA ANDRADE

Universidad Pontificia Comillas

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.73.1.2021.4.11>

MÁRQUEZ CARRASCO, C. (dir.), IGLESIAS MÁRQUEZ, D. y DOMÍNGUEZ DÍAZ, F. A. (coords.), *El I Plan de Acción Nacional sobre empresas y derechos humanos de España: evaluación, seguimiento y propuestas de revisión*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, 410 pp.

La Resolución 17/4 del Consejo de Derechos Humanos, aprobada por consenso el 6 de julio de 2011, hizo suyos los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos (en adelante, Principios Rectores). A partir de entonces, los Estados y demás actores interesados han comenzado a desarrollar fórmulas para trasladar estos principios a la práctica. En el caso de España, el 14 de septiembre de 2017 se publicó en el *BOE* el Plan de Acción Nacional de Empresas y Derechos Humanos (en adelante, el plan español). En junio de 2018 se celebró en la Universidad de Sevilla y bajo la dirección de la Profesora Márquez Carrasco un congreso internacional dedicado a evaluar el grado de implantación experimentado por este plan. La obra colectiva reseñada es un producto del citado congreso y, como se pone de relieve en su introducción, en la misma no solo se somete el plan español a examen, sino que se formulan distintas propuestas de mejora. Estos objetivos tan ambiciosos se estructuran dividiendo los 23 capítulos que componen el trabajo en dos partes. La primera realiza un análisis eminentemente jurídico y académico del plan español, mientras que en la segunda se ofrece una visión más divulgativa de su implementación desde la perspectiva de algunos órganos de la Administración Pública con competencias en la materia, así como de varios actores interesados.

Las contribuciones de Márquez Carrasco y Jiménez-Piernas García revelan

el carácter poco sistemático y escasamente integrado del plan español desde una dimensión tanto formal como institucional. Estos atributos no solo dificultan la adopción de medidas concretas en aspectos tan esenciales como el acceso de los individuos a una reparación, sino que hacen más compleja la adopción de políticas uniformes por parte de los distintos órganos de la Administración Pública. En el plano material, por otro lado, las propuestas de mejora del plan español formuladas en la primera parte de la obra giran alrededor de tres ejes esenciales. Primero, la necesidad de reconocer la importancia del binomio «derechos humanos y medio ambiente». Pigrau Solé e Iglesias Márquez firman dos trabajos que se complementan y donde reflexionan sobre distintas alternativas para proyectar este binomio hacia las obligaciones internacionales de prevención y reparación de los Estados. Segundo, el tratamiento de la responsabilidad penal de las empresas desde una dimensión internacional (Esteve Moltó) e interna (Arenal Lora), especialmente como resultado de su actividad en zonas de conflicto armado. A tenor del escaso consenso existente entre los Estados, este tema constituye un reto todavía pendiente que plantea importantes consecuencias en lo tocante al derecho a una reparación efectiva. Y, tercero, otro ámbito donde se evidencian ciertas lagunas en el plan español reside en la protección efectiva de los defensores y defensoras de derechos humanos (Churruca Muguruza

y Eguren Fernández), así como en la incorporación de mecanismos que prevean y remedien el impacto de la violencia sexual contra las mujeres en zona de conflicto (Lirola Delgado) y la trata de seres humanos con fines de explotación sexual (Casado Caballero).

La primera parte de la obra también presenta un par de capítulos centrados más bien en la transferencia de conocimiento. Uno de ellos desarrolla un interesante modelo de medición de la sostenibilidad empresarial en las cadenas de suministro globales, cuyo objeto es ofrecer un instrumento para medir «el desempeño social, económico y ambiental» de las empresas transnacionales (Marullo, Muñoz Torres y Fernández Izquierdo). Mientras que otro presenta de manera muy somera algunos ejemplos de cláusulas sociales y medioambientales en la práctica de la contratación pública desarrollada en la Región de Murcia (Meseguer Sánchez).

Asimismo, en esta primera parte varios autores (Montesinos Padilla, Domínguez Díaz, Bordignon y Ebert) se refieren al contenido y evolución experimentada por otros planes nacionales, de Estados miembros de la Unión Europea, Suiza, Noruega, Reino Unido y algunos Estados americanos (Colombia o los Estados Unidos de América). Este enfoque de Derecho comparado permite complementar el estudio del plan español, así como contextualizar con mucha más precisión sus fortalezas y debilidades. En esta misma dirección, Manero Salvador, Espinosa González y Sosa Navarro reflexionan sobre el potencial que podrían tener los arts. 3.5 y 21 TUE para, llegado el caso, promover la eventual creación de obligaciones de protección a cargo de la Unión Europea para con los individuos radicados en terceros Estados que resultaran afectados por las actividades empresariales.

La segunda parte de la obra reúne, en primer lugar, dos contribuciones fir-

madas por funcionarios del MAEC que tienen por objeto comentar las principales líneas de actuación seguidas por este órgano durante el proceso de elaboración (Morro Villacián) y seguimiento (Díaz Bernárdez) del plan español tanto en el marco *ad intra* (coordinación interministerial e intraministerial) como *ad extra* (ONU). Asimismo, se incluye una contribución preparada desde el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo (Martínez Segrelles y Varela de León), donde se expone la influencia del plan español sobre la política de inversiones desarrollada por España y su proyección hacia el ámbito de la Unión Europea.

Y, en segundo lugar, esta parte contiene cuatro contribuciones preparadas por diversos actores interesados. Mancisidor de la Fuente presenta el contenido del Comentario General núm. 24 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como algunos ejemplos de la práctica reciente de este Comité. Angulo Barturen reflexiona acerca del concepto de debida diligencia en relación con el proceso de consulta previa de los pueblos indígenas. Izquierdo Barriuso analiza los Principios Rectores desde una perspectiva de género, poniendo énfasis en la necesidad de que las empresas se impliquen para abordar los problemas derivados de la desigualdad de género. Y, por último, Fraile Coracho exhibe los esfuerzos realizados para cumplir con el plan español por una empresa transnacional española de la que es Director de responsabilidad social corporativa.

La obra colectiva reseñada en las anteriores líneas, en conclusión, ofrece el estudio no solo de las fortalezas y debilidades que presenta el plan español, sino también de algunos de los principales retos y desafíos que supone el control de las actividades empresariales a nivel internacional. Las propuestas de mejora planteadas tanto a nivel material como formal, presenta-

das a modo de conclusiones generales (pp. 405-410), resultan una aportación de evidente interés práctico en el marco de la futura implementación de acciones y medidas legislativas de desarrollo

del plan español, así como de su eventual revisión.

F. PASCUAL-VIVES

Universidad de Alcalá

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.73.1.2021.4.12>

ORTIZ VIDAL, M. D., *La adopción internacional tras la Ley 26/2015*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

La primera cualidad de esta monografía es el orden impecable con el que aborda los aspectos que se suscitan desde la perspectiva del sistema de Derecho internacional privado cuando se está en presencia de la constitución de una adopción internacional por la autoridad española (judicial y consular). En el Capítulo I se trata la institución de la adopción internacional, haciendo una presentación de su régimen jurídico o marco normativo actual, que incluye el Real Decreto 165/2019, de 22 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Adopción Internacional. El Capítulo II se refiere a la fase administrativa de constitución de la adopción internacional; el Capítulo III se centra en la fase judicial, abordando las cuestiones de la Competencia internacional y del Derecho aplicable, y el Capítulo IV se ocupa del ámbito del reconocimiento e inscripción en España de las resoluciones extranjeras en materia de adopción.

También recoge al final una «Guía procedimental de la constitución de una adopción internacional», a modo de protocolo de actuación en este tipo de casos, con el objetivo de simplificar y sintetizar las cuestiones que deben ser abordadas por el operador jurídico.

La monografía da cuenta, en particular, de las importantes novedades y cambios que introdujo en la Ley 54/2017, de Adopción internacional (LAI), la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. También incluye, como no podía ser de otra manera, el tratamiento que dispensa a la adopción

internacional el citado Convenio de La Haya, de 29 de mayo de 1993 (en vigor para España), que se ocupa principalmente del establecimiento de canales de comunicación entre las autoridades de los dos Estados que, en principio, entran en relación con ocasión de la celebración de una adopción internacional. Se mencionan los convenios bilaterales existentes (pp. 32 y ss.) y, como elemento de especial interés, se trata la Resolución del Parlamento Europeo, de 2 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre los aspectos transfronterizos de las adopciones, que incorpora un Anexo en el que se recoge el texto de la Propuesta de Reglamento del Consejo sobre el reconocimiento transfronterizo de resoluciones de adopción (publicado en el *DOUE* Serie C, núm. 252/14, de 18 de julio de 2018). En relación con esta última, se echa en falta un mayor análisis o comentario del texto proyectado, orientado hacia el reconocimiento transfronterizo automático de las resoluciones de adopción (pp. 200 y ss.).

Cuando uno se adentra en la lectura de la obra aprecia enseguida la enorme complejidad que presenta la constitución de una adopción internacional en España desde el punto de vista no solo personal o familiar, sino también legal, en especial cuando estamos en presencia de niños que han sido desplazados a España con el objetivo de que se constituya dicha adopción. En tales casos, ha tenido lugar en el extranjero la asignación del menor a la pareja o persona que lo va a adoptar. Se trata de las «colocaciones internacionales» (*placement*) de las

que se ocupa el Convenio de La Haya de 1993, de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional (art. 2.1). Hubiera sido de interés mencionar y analizar brevemente también estas situaciones.

De otra parte, quizá también se echa en falta un tratamiento unitario de la cuestión de la «conversión», reconviniendo a un único epígrafe o capítulo todas las cuestiones que suscita, evitándose así algunas repeticiones que pueden apreciarse en la obra y procurándose una mayor claridad expositiva y de contenido. La conversión es un procedimiento especial para «completar» la constitución de una adopción plena ante autoridad española, que requiere la previa homologación de una decisión extranjera. En concreto, se refiere a ella el citado Convenio de La Haya en el art. 27, que se incluye en el Capítulo V, que lleva por rúbrica «Reconocimiento y efectos de la adopción». Pero, en todo caso, queda claro que dicha conversión no plantea exclusivamente el tema del reconocimiento de la medida de protección constituida en el extranjero que no es idéntica a la adopción española (pp. 222 y ss.), sino también la cuestión de la competencia de la autoridad judicial española y del ordenamiento que esta aplica para formalizar la adopción plena (p. 177). En este sentido, no se ofrece un posicionamiento particular acerca de la interpretación de los diversos criterios que emplean la LAI, de un lado, y la Ley 15/2015, de Jurisdicción voluntaria, de otro, acerca de la atribución de competencia internacional a las autoridades judiciales españolas en el ámbito de la conversión de la adopción simple en plena (pp. 223 y 224).

En relación con otros aspectos concretos que aborda esta monografía, se comenta de forma breve la finalidad del art. 19.4 LAI (pp. 166-171), reformado por la Ley 26/2015, en relación, en par-

titular, con el art. 20 LAI (pp. 173-175). En particular, se indica que «son disposiciones que entran en conflicto porque regulan lo mismo de forma distinta» (p. 175), pero al mismo tiempo «procuran el mismo objetivo, que es la denegación de la constitución de una adopción internacional si lo prohíbe la ley nacional del adoptando» (p. 174). Podría haberse aprovechado la ocasión para hacer una concreta propuesta interpretativa del «sistema de la adopción internacional» que, en principio, permita dar respuesta a eventuales contradicciones o reiteraciones normativas, como sucede en este caso a juicio de la autora.

Para ello, podría acudir no solo a la finalidad perseguida por el legislador en el caso de la LAI, sino también a los principios jurídicos que la informan y, en particular, al principio del interés superior del menor, que preside el entero ordenamiento de protección de la infancia. Conforme a este principio las autoridades judiciales españolas podrían constituir la adopción de menores procedentes de países en los que se prohíbe la adopción cuando se trata de menores huérfanos (por ejemplo).

Este supuesto es solo ejemplo de la enorme dificultad que presenta dar respuesta a las situaciones en las que están implicados menores de edad y, en especial, cuando se trata de constituir una medida de protección como la adopción, que conlleva el establecimiento de un vínculo de filiación o parentesco con la persona o pareja solicitante (que se ofrece). Por esta razón, hay que celebrar no solo los objetivos de esta obra, sino también su resultado, que aporta claridad para que el operador jurídico y los propios particulares puedan manejarse por el complejo entramado legal actual.

G. ESTEBAN DE LA ROSA
Universidad de Jaén

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.73.1.2021.4.13>

PALOMARES LERMA, G. y GARCÍA CANTALAPIEDRA, D., *Imperium. La política exterior de los Estados Unidos del siglo XX al XXI*, Valencia, Tirant Humanidades, 2019, 443 pp.

El estudio elaborado por los profesores Gustavo Palomares Lerma (UNED) y David García Cantalapiedra (UCM) es un texto muy oportuno, incluso podría decirse que en el momento actual es indispensable. El libro proporciona muchas claves para entender el papel internacional de Estados Unidos (EEUU) en el último siglo, y especialmente a partir de 1945. Se revisan, analizan y valoran los distintos instrumentos de política exterior que ha utilizado EEUU: diplomacia, poder militar, poder económico y financiero, comercio, poder blando, entre otros. Además, los autores se adentran en las dinámicas de funcionamiento de las instituciones clave en la política exterior estadounidense, y señala los principales temas de debate entre su comunidad de política exterior. Y todo esto se hace identificando y analizando aciertos y errores estratégicos, decisiones controvertidas y acciones contraproducentes para los intereses estadounidenses.

Los autores de este texto son dos reconocidos profesores e investigadores en relaciones internacionales y seguridad internacional, y especialistas en historia y política exterior de EEUU que conocen muy bien la realidad de ese país. Gustavo Palomares Lerma y David García Cantalapiedra señalan que el principal objetivo de la obra es «valorar desde el análisis empírico la experiencia de Estados Unidos en su relación con el sistema internacional y el sucesivo orden/desorden global» (pp. 13-14). Es un trabajo en el que los profesores reconocen la titánica tarea de analizar, desde un enfoque histórico, la evolución de la política exterior de EEUU, e incluyendo «una visión europea del mal denominado interés occidental». En este sentido, además de reconocer el papel central de EEUU en la creación de innumerables normas, alianzas, tratados e instituciones internacionales

determinantes para las relaciones internacionales contemporáneas, los autores plantean una discusión muy importante: las consecuencias para el mundo de que la comunidad de política exterior estadounidense haya interpretado que los intereses nacionales de EEUU podían también ser presentados como intereses universales.

Se trata de un trabajo que examina «los principales conceptos teóricos» que han tenido un impacto en la elaboración de la política exterior estadounidense, y que muestra la traducción de éstos «en los distintos instrumentos de la acción exterior estadounidense acomodada a cada momento histórico» (p. 14). Los autores exploran los orígenes y desarrollo de doctrinas y conceptos clave para entender el comportamiento internacional estadounidense a lo largo del siglo XX y hasta el momento actual: destino manifiesto, excepcionalismo, aislacionismo, interés nacional, contención, internacionalismo, realismo, idealismo, nacionalismo, unilateralismo, entre otros. Asimismo, es importante destacar el énfasis que hacen los autores en demostrar la interacción entre las dinámicas internacionales y los procesos internos (cambios políticos, económicos, sociales e institucionales) en EEUU. Este análisis interactivo a dos niveles también pone atención en el papel de los decisores de política exterior (entre otros, los presidentes Wilson, Roosevelt, Truman, Eisenhower, Kennedy, Nixon, Reagan, George H. Bush, Clinton, George W. Bush, Obama y Trump).

La obra de los profesores Palomares Lerma y García Cantalapiedra examina detalladamente el papel de EEUU en la construcción, promoción y defensa del orden internacional liberal post-1945. Un orden altamente favorable a sus va-

lores e intereses, basado en un amplio conjunto de normas e instituciones internacionales que supusieron décadas de relativa paz y prosperidad para un grupo importante de países. No obstante, como demuestran los autores, durante la guerra fría la hegemonía estadounidense también despertó recelos y rechazo en muchas partes del mundo. El libro revisa también el «momento unipolar» de gran despliegue del poder, influencia y liderazgo de EEUU tras el final de la guerra fría. Un momento sin duda importante en que nuevamente la comunidad de política exterior estadounidense se planteó cómo construir un nuevo orden mundial, y cuál debía ser el papel internacional de EEUU. Los atentados terroristas de septiembre de 2001 y sus consecuencias para la política exterior estadounidense supusieron también importantes cambios internacionales que, como nos demuestra la obra, perduran hasta hoy.

Finalmente, el estudio dedica asimismo un capítulo a la política exterior de la Administración Trump. El impacto de Donald Trump en la política exterior estadounidense ha sido muy importante: el «*America first*» ha supuesto una visión retrógrada y destructiva de la política exterior, y la degradación del papel internacional de EEUU (vilipendiar e insultar a

sus aliados, iniciar guerras comerciales, retirada de instituciones y tratados internacionales, entre otras acciones). Está por ver si la marca que dejará Trump será pasajera o duradera, pero el estudio de los profesores nos permite analizar el contexto internacional e interno que permitió el surgimiento del *trumpismo*. En definitiva, *Imperium. La política exterior de los Estados Unidos del siglo xx al xxi* es un libro que además de hacer una exhaustiva revisión de los principales hitos de la política exterior estadounidense en el último siglo, también nos ayuda a reflexionar sobre el papel que puede tener ese país en muchos de los temas de la agenda global contemporánea, tales como: la renovada competición por el poder y la influencia internacional (especialmente con el ascenso de China), cambio climático, migraciones, proliferación nuclear, terrorismo, comercio internacional, enfermedades y pandemias, lucha contra la pobreza y la desigualdad, o el impacto de las nuevas tecnologías, entre otros. El orden internacional, o el imperio, que EEUU tanto contribuyó a construir se está transformando, lo que aún no es claro es qué orden global tomará su lugar.

J. P. SORIANO GATICA

Universidad Autónoma de Barcelona
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.73.1.2021.4.14>

RODRÍGUEZ RODRIGO, J., *Relaciones económicas de los matrimonios y las uniones registradas en España, antes y después de los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/114*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, 299 pp.

La monografía que se recensiona constituye una de esas obras que están llamadas a ser un referente en la materia. Así, bajo el título *Relaciones económicas de los matrimonios y las uniones registradas en España, antes y después de los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/114*, y publicado en el año 2019 en la editorial Tirant lo Blanch, la Dra. Juliana Rodríguez Rodrigo, Profesora titular de Dere-

cho Internacional Privado Carlos III de Madrid, pone a disposición de los lectores —que, con toda seguridad, serán no solo los académicos, sino muy especialmente los operadores jurídicos— un trabajo que se centra en el estudio del fenómeno de las relaciones económicas que tienen lugar con ocasión del matrimonio o de la creación de una unión registrada desde un punto de vista internacional-privatista.

Su razón de ser y su calidad están fuera de toda duda. Y ello, tanto por la oportunidad del tema —los Reglamentos (UE) núms. 2016/1103 y 2016/1104 resultan de aplicación desde el 29 de enero de 2019, con carácter general—, como por la exhaustividad y rigor con la que se aborda la problemática que rodea la materia objeto de estudio. Responde, además, a la necesidad de profundizar en el estudio de las relaciones familiares en el seno de la Unión Europea, poniendo el foco de atención en el régimen patrimonial de los matrimonios y las uniones registradas, aunque sin descuidar, cuando resulta necesario, el análisis de cuestiones conexas y derivadas de ellas. Por ello, el presente trabajo evidencia el buen manejo de los ya mencionados reglamentos, además del de los instrumentos con los que guardan relación, como son el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 y el Reglamento (UE) núm. 650/2012 y, en su caso, la correspondiente normativa interna —LOPJ, CC y LCJIMC—.

La monografía se divide en cinco secciones, aunando cada una de ellas uno o varios capítulos. Lo hace, además, acompañándolo de un prólogo del Profesor Alfonso-Luis Calvo Caravaca, de una introducción contextualizada y, en su parte final, aportando unas conclusiones y un elenco de bibliografía y jurisprudencia. Sirvan las líneas que se presentan a continuación para realizar un breve sumario y presentación de cada uno de los capítulos, con el objetivo de que también el lector de esta reseña considere imprescindible la consulta de la obra de la Profesora Juliana Rodríguez Rodrigo y disfrute y aprenda del completo análisis que la autora realiza.

En el Capítulo I se abordan varias cuestiones preliminares del Reglamento (UE) núm. 2016/1103. En este sentido, se presentan los parámetros esenciales para su aplicación y se ponen en liza los principios esenciales que inspiran la regulación del mencionado instrumento institucional. Se ofrecen, en definitiva, las

herramientas necesarias para comprender el análisis de cada uno de los sectores del Derecho internacional privado que se abordarán posteriormente.

La sección segunda está focalizada en el sector de la competencia judicial internacional y se compone, a su vez, de dos capítulos. En el primero de ellos (Capítulo II) se realiza un estudio detallado de los foros del Reglamento (UE) núm. 2016/1103 y de las disposiciones procesales que permiten articular una aplicación coordinada y coherente entre todos ellos. Por otro lado, en el segundo capítulo de esta sección (Capítulo III) se pone el foco de atención en los criterios atributivos de la LOPJ para el régimen económico matrimonial.

La sección tercera contiene tres capítulos centrados en el sector de la ley aplicable, aunque con una parte dedicada a la presentación de los regímenes económicos matrimoniales desde un punto de vista sustantivo. De este modo, el Capítulo IV se centra en las normas de conflicto elaboradas por el legislador español respecto del régimen económico matrimonial, como son los arts. 9.2 y 9.3 CC. La parte central de esta sección es el Capítulo V, en el que se realiza un estudio de las disposiciones sobre ley aplicable del Reglamento (UE) núm. 2016/1103. Como complemento a lo anterior, y como ya se ha anunciado, el Capítulo VI ofrece una perspectiva comparada de los regímenes económicos matrimoniales de tipo comunitario, de participación, de separación de bienes y de comunidad universal de bienes.

La sección cuarta se focaliza, como no podía ser de otra manera, en la validez extraterritorial de decisiones, distinguiendo un primer capítulo (Capítulo VII) referido al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y aceptación y ejecución de documentos públicos y transacciones judiciales en el Reglamento (UE) núm. 2016/1103, y otro (Capítulo VIII) centrado en las correspondientes disposiciones de la LCJIMC.

La última sección de la monografía, la quinta, se compone de un único capítulo (Capítulo IX), referido específicamente a los efectos patrimoniales de las uniones registradas. Para ello, se parte de la premisa de que los Reglamentos (UE) núms. 2016/1103 y 2016/1104 fueron negociados de manera paralela, recogiendo en la mayoría de los casos una regulación idéntica en cada una de sus disposiciones. Por ello precisamente, se condensa su explicación. No obstante, toda vez que la figura jurídica de las uniones registradas presenta una enorme heterogeneidad entre los Estados miembros de la Unión Europea, incluyendo por supuesto los que participan en la cooperación reforzada, este capítulo se centra esencialmente

en exponer las diferencias entre ambos instrumentos institucionales.

Esta recensión no puede concluir sin afirmar que, efectivamente, la monografía cumple su cometido con creces. Se trata, en definitiva, de una obra elaborada con la mirada puesta en aquellos que deben proceder a la aplicación de los Reglamentos (UE) núms. 2016/1104 y 2016/1104, y de ahí que se desmarque como una herramienta de gran utilidad por la claridad, rigor y excelencia con la que se expresa en cada uno de sus capítulos.

P. QUINZÁ REDONDO

Universidad de Valencia

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.73.1.2021.4.15>

SANZ CABALLERO, S. (dir.), *El futuro de la Unión y la amenaza de una no Europa: la crisis de valores en la Unión Europea*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, 236 pp.

Con un título que recuerda al célebre informe encargado por la Comisión Europea a P. Cecchini en 1988, la Profesora Sanz Caballero dirige esta obra colectiva, tan atinada en su contenido como pertinente en el tiempo y amena en su lectura. En ella se pasa revista a los principales desafíos que actualmente tiene ante sí la Unión Europea. Desafíos que, como la directora señala, son más peligrosos que los que ha tenido que enfrentar la Unión Europea hasta el momento. Y lo son porque cuestionan y ponen en tela de juicio principios y valores enunciados en el art. 2 TUE, considerados inamovibles durante décadas: el respeto de los derechos humanos, la democracia, el Estado de Derecho o el respeto a las minorías. Estos desafíos hacían necesaria la realización de un estudio como el que tengo el gusto de reseñar, en el que han participado excelentes profesores españoles e italianos de diversas disciplinas, Catedráticos Jean Monnet *ad personam*, diplomáticos con dilatada experiencia en temas europeos,

así como representantes del Consejo de Europa, tanto de la Asamblea Parlamentaria como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La obra es, asimismo, el fruto de un seminario que tuvo lugar el 18 de septiembre de 2019 bajo el título «El futuro de la Unión y el coste de una no Europa», en el Palacio de Colomina, Valencia.

Dicho seminario resultó ser un foro en el que se suscitó un debate profundo sobre las causas de esta crisis a la que se enfrenta Europa pero donde, sobre todo, se intentó aportar alguna solución a la misma. La obra, que recoge las conclusiones de este seminario, consta de 11 capítulos. En el primero, y a modo de introducción, el antiguo Embajador Yturriaga Barberán se pregunta si puede una «enanzada» Unión Europea convertirse en un actor global en un mundo multipolar y concluye que ello es posible si existe voluntad política y los Estados miembros aportan los medios necesarios para hacerlo. Los capítulos segundo y tercero están consagrados al Consejo de

Europa y a su papel como organización internacional pionera en la promoción y defensa de los derechos humanos y la protección del Estado de Derecho. Han sido redactados por Andrew Drzemczewski y Michel de Salvia, antiguo Jefe del Departamento jurídico y de Derechos Humanos de la Asamblea Parlamentaria y ex jurisconsulto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respectivamente. En ambos capítulos los autores exponen los problemas a los que ha tenido que hacer frente el Consejo de Europa en los últimos tiempos, y en cómo afrontan los mismos tanto la Asamblea Parlamentaria como el Tribunal de Derechos Humanos. Un breve pero emotivo Capítulo IV, dedicado a la crisis de la democracia parlamentaria en Europa, transcribe la conferencia pronunciada en el seminario por el antiguo Presidente del Parlamento Europeo, Enrique Barón. El Profesor Martínez Sospedra por su parte alerta, en el Capítulo V, sobre el surgimiento de formaciones políticas nacional-populistas que han alcanzado la mayoría parlamentaria y el gobierno en algunos países europeos y vuelve a poner el acento en la carencia de un *demos* europeo sin el cual la Unión europea no deja de ser un proyecto a medio hacer. La Profesora Sanz Caballero se pregunta en el Capítulo VI qué puede hacer la Unión Europea frente a las quiebras del Estado de Derecho y se detiene en los casos de Polonia y Hungría, países donde dichas quiebras se han producido de un modo más flagrante. Roberto Cippitani, de la Universidad de Perugia, se refiere en el Capítulo VII a la pretendida crisis migratoria en Europa, para concluir que dicha crisis no es sino un fenómeno fisiológico, que siempre ha existido en Europa pero que ha sido uti-

lizado por la retórica populista en contra de la Unión Europea.

El Capítulo VIII, escrito con gran claridad por la Profesora Freixes, se centra en los peligros que suponen los populismos y nacionalismos de todo corte en Europa, aludiendo al fuego cruzado que existe en nuestro país entre el populismo secesionista, por un lado, y el populismo izquierdista por otro. Antonio Bar analiza con maestría y arroja mucha luz sobre el ininteligible proceso de retirada de Reino Unido de la Unión Europea. El Profesor Tatham se centra, en el Capítulo X, en el caso de Hungría y en como el papel del Tribunal Constitucional húngaro, al que denomina «fierecilla judicial domada» ha sido radicalmente alterado en tras las últimas modificaciones constitucionales. Por último, la Profesora Valentina Colcelli, también de la Universidad de Perugia, se detiene en los hechos que se produjeron en Italia en la primavera electoral de 2019 y que, pese a ser resueltos positivamente mediante resoluciones judiciales, pusieron en jaque al Estado de Derecho.

Se trata, en definitiva, de una obra de referencia y de lectura obligada en un momento como el que estamos viviendo actualmente, en el que el papel de la Unión Europea vuelve a ser puesto en entredicho por ciudadanos y gobernantes y en el que es esencial tener instituciones fuertes que desde la Unión Europea proclamen sin ambages la importancia de un valor tan esencial para la subsistencia de la Unión Europea como es el respeto al Estado de Derecho.

M. D. BLÁZQUEZ PEINADO
Universitat Jaume I

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.73.1.2021.4.16>

SOBRINO HEREDIA, J. M. y OANTA, G. (coords.), *La construcción jurídica de un espacio marítimo común europeo*, Barcelona, Bosch, 2020, 1.052 pp.

La obra colectiva que reseñamos analiza las distintas vertientes jurídicas de-

rivadas de la creación progresiva de un espacio marítimo común europeo. La

obra recoge 42 estudios de investigadores procedentes de 11 universidades diferentes y aborda, tanto en su dimensión pública como en su dimensión privada, los diversos aspectos que sientan las bases para una revisión y redefinición de la gobernanza del espacio marítimo y de la Política marítima integrada de la Unión, impulsora a su vez, del llamado crecimiento azul. La oportunidad de este estudio se justifica por sí sola, por su actualidad y relevancia. Los coordinadores de la obra, los Profesores J. M. Sobrino y G. Oanta, nos recuerdan en el prólogo que «la superficie de la Unión —verdadera península marítima— es más mar que tierra, los espacios marítimos bajo su soberanía o jurisdicción, incluyendo las regiones ultraperiféricas, son los más extensos del mundo».

El libro se divide en tres partes que conviven coherentemente y que se vertebran en torno a tres ejes: la *confluencia* de las distintas políticas sectoriales marítimas de la Unión Europea, el mar como *espacio de trabajo*, y el mar como *espacio de garantía de seguridad y de protección* en el entorno internacional. Este triple enfoque hace que el estudio sea omni-compreensivo e interdisciplinar. El acierto de la obra reside precisamente en su planteamiento intersectorial e integrado, y sobre esta base consigue llamar la atención sobre la capacidad de la Unión Europea para enfrentarse a los desafíos de la globalización, de la competitividad, de la degradación del medio ambiente, de la migración, de la seguridad marítima, y de la sostenibilidad marítima.

La Primera Parte, titulada «El espacio marítimo común europeo como confluencia de las distintas políticas sectoriales marítimas de la Unión Europea» engloba las aportaciones relativas a los marcos generales de referencia de la gobernanza marítima internacional, como son la diplomacia científica en los espacios marítimos europeos, el impacto de los flujos migratorios en las relaciones laborales a bordo de buques mercantes y

pesqueros, las competencias de la Unión Europea en relación con la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, los efectos del *Brexit* en la construcción jurídica del espacio marítimo europeo y el uso equilibrado de los recursos marinos entre los Estados ribereños y los otros Estados interesados. La Parte II, que lleva por título «El espacio marítimo común europeo como escenario del trabajo en el mar y los derechos humanos en el espacio marítimo», está dedicada al estudio de una serie de problemas vinculados al Derecho del trabajo y los derechos humanos. Los autores abordan, entre otros aspectos, la protección de los derechos de los trabajadores en el mar, en concreto, su protección social y condiciones de vida, la seguridad y la salud laboral de los pescadores autónomos, el papel de las agencias intermediarias en la determinación de las condiciones laborales de los trabajadores del mar, las particularidades laborales y de Seguridad Social del buque como lugar de trabajo, así como las disfunciones del salario del pescador desde la perspectiva del Derecho internacional del trabajo, y las enfermedades de los profesionales del sector pesquero y su análisis en clave de género. Finalmente, las aportaciones de la Tercera Parte de la obra, titulada «El espacio marítimo europeo como espacio de protección y seguridad marítimas en un entorno internacional», versan sobre el uso de las fuerzas navales europeas frente al reto de la inmigración, la explotación de los fondos marinos, y la controversia hispano-británica sobre las aguas de Gibraltar. Este bloque también incorpora la cuestión relativa a las particularidades del embargo preventivo de buques civiles, las tentativas de creación de un registro europeo de buques y de un pabellón comunitario, la participación de la Unión Europea en la FAO y los efectos de la retirada de uno de sus Estados miembros, así como la relevante cuestión relativa a la acción de la Unión Europea respecto de la basura marina.

El análisis de los aspectos mencionados desde la perspectiva de los distintos operadores jurídicos resulta clave. En el avance hacia una estructura de colaboración más estructurada y cohesionada, enmarcada en la legislación europea, es de rigor determinar los grados de responsabilidad de los múltiples sectores implicados, esto es, de las autoridades marítimas nacionales y europeas —tanto judiciales como extrajudiciales— y las autoridades ajenas al marco europeo.

La obra, señaladamente holística, es parte de una colección de trabajos fruto de la actividad de la red REDEXMAR, iniciada en 2015, y que aglutina a cuatro grupos de investigación procedentes de las Universidades de A Coruña, Córdoba, Santiago de Compostela y Vigo. El trabajo en red de estas cuatro universidades reviste un indudable interés por su carácter renovador e influyente. El legislador europeo viene optando por un número significativo de actos dirigidos a unificar las políticas pesqueras y de seguridad marítima de los Estados miembros. Sin embargo, el Derecho de la Unión Europea no contiene aún un régimen general o *corpus* que armonice el acervo de la normativa marítima de los Estados. La constitución de un espacio europeo verdaderamente «común» constituye un ambicioso proyecto político, económico y jurídico en el que la

Unión Europea solo puede embarcarse si cuenta con las bases de estudios previos, rigurosos y concienzudos como el que recensamos. La consolidación de esta Política contribuiría a un uso sostenible de los mares y océanos y a establecer procesos de toma de decisiones coordinados respecto de las políticas sectoriales marítimas existentes en la Unión.

Como se hizo en reseñas anteriores en esta misma sección de la *Revista Española de Derecho Internacional*, también en este caso manifestamos la expresa enhorabuena a los Profesores J. M. Sobrino y G. Oanta como coordinadores de la obra, cuya trayectoria es reconocida como referencia tanto en el ámbito español como en el ámbito internacional. Por lo demás, a nadie se le escapa que coordinar una obra compuesta por las contribuciones de 42 autores destacados (cuyas referencias no cabe recoger en esta reseña por cuestiones de espacio) expresa el esfuerzo por abarcar el conjunto de los problemas que suscita la Política marítima integrada. Y lo más importante, por contribuir al avance en el conocimiento de los cauces legales por donde puede fluir de manera fecunda el espacio marítimo común europeo.

J. ABRISKETA URIARTE

Universidad de Deusto

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.73.1.2021.4.17>

VELASCO RETAMOSA, J. M., *El Reglamento (UE) 650/2012 de sucesiones: algunas cuestiones escogidas*, Madrid, Cuadernos Civitas, 2019, 133 pp.

El libro que se presenta tiene como protagonista el Reglamento (UE) 650/2012, de 4 de julio, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo.

Este instrumento europeo, en aplicación desde el 17 de agosto de 2015, vino a armonizar en la Unión Europea el tratamiento de las sucesiones con elementos de extranjería, lo que ha favorecido la implantación de una regulación más sencilla, omnicomprendensiva y coherente a aplicar por las autoridades de los Estados miembros vinculados por el mismo,

al mismo tiempo que suscita no pocos retos jurídicos que continúan justificando hoy por hoy su estudio pormenorizado, de ahí la oportunidad de este trabajo, que, tal y como indica su título, analiza «algunas cuestiones escogidas» de esta reciente regulación.

Inicialmente, el autor aborda en la Introducción (I) la génesis del Reglamento, su fundamento y razón de ser, en el marco de un espacio europeo que impulsa una libre circulación de personas que se veía obstaculizada en este ámbito por la heterogeneidad de regulaciones nacionales existente en aquel momento. Tras cuatro años de aplicación, el autor reconoce que no ha sido posible evitar problemas en su aplicación práctica y asocia esta realidad a la existencia de diferentes concepciones normativas y doctrinales de los ordenamientos estatales de determinadas instituciones vinculadas a las sucesiones y a la conexión entre estas y otras cuestiones que aún no se han armonizado. El lector irá descubriendo más detalles sobre las dificultades a las que se refiere a lo largo de la obra.

En el Capítulo II, que presenta un contenido más general, se realiza un breve repaso de las normas sobre competencia judicial internacional, determinación de la ley aplicable y reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras y se analizan los tres principios cardinales sobre los cuales se sustenta el sistema del Reglamento, «uno propio de las sucesiones y dos generales del DIPr»: el principio de unidad de la sucesión, el principio de proximidad y el principio de la autonomía de la voluntad.

A continuación, en el Capítulo III se analizan esas «cuestiones escogidas», que se refieren a determinadas dificultades que entraña la aplicación del Reglamento a pesar de la pretendida simplificación derivada de la armonización.

En primer lugar, el estudio se detiene a analizar las dificultades detectadas en los ámbitos de aplicación espacial y

material del Reglamento. En cuanto al espacial, la obra dedica unas páginas a reflexionar sobre el distinto carácter de las disposiciones del Reglamento como consecuencia de la falta de vinculación del mismo a todos los Estados miembros de la Unión Europea, dando lugar a que algunas presenten una eficacia *erga omnes* mientras otras se aplican únicamente *inter partes*. En relación con el ámbito de aplicación material, se advierte, por un lado, que el instrumento excluye diversas cuestiones estrechamente vinculadas con el hecho sucesorio y que afectan a la determinación del caudal relicto, lo que puede dar lugar a distorsiones en la ley aplicable. Ello ocurre, por ejemplo, con la exclusión del régimen económico matrimonial o con las exclusiones relativas a los bienes, derechos y acciones creados o transmitidos mediante liberalidades, así como a la naturaleza de los derechos reales y la inscripción de derechos sobre bienes muebles o inmuebles en un registro.

La segunda «cuestión escogida» se refiere a la delimitación de una serie de nociones nucleares para el tratamiento de las sucesiones internacionales y la aplicación de este Reglamento, como son la residencia habitual y la autonomía de la voluntad. Sobre la primera se recuerda la ausencia de una definición y la necesidad de una interpretación uniforme a los efectos del Reglamento (independiente de las leyes nacionales y de la ley aplicable al fondo), que considere los factores para su concreción que establece el propio instrumento. Sobre la segunda noción, esto es, la autonomía de la voluntad, el autor destaca que la libertad otorgada al *de cuius* a la hora de determinar la ley aplicable produce implícitamente una concurrencia de sistemas sucesorios «entre los que el interesado puede elegir por acción u omisión» el que más convenga a sus intereses, pudiendo incluso influir en la competencia judicial internacional.

La tercera y última «cuestión escogida» se ubica en la aplicación práctica de la norma de conflicto, centrándose,

primero, en el alcance de la excepción de orden público internacional y, segundo, en la posible ruptura del principio de unidad en el tratamiento de la sucesión. En relación con el orden público, el autor analiza la redacción de la norma en el contexto material de las sucesiones, se pregunta si no hubiera sido más conveniente una cláusula más orientada como la contenida en la Propuesta de Reglamento que no salió adelante y plantea situaciones en las que se podría invocar frente a la aplicación de una ley extranjera discriminatoria. Finalmente, la obra culmina la relación de problemas tratados con la eventual ruptura del principio de unidad en sede de ley aplicable, en tres supuestos: como consecuencia de un envío, a raíz de la aplicación del régimen

relativo a bienes de especial naturaleza y en los supuestos en que el causante tenga su residencia habitual en un Estado miembro localizándose su masa hereditaria, mayoritariamente conformada por bienes inmuebles, en el territorio de un tercer Estado.

En definitiva, todo lector interesado en continuar aprendiendo y reflexionando sobre el Reglamento sobre sucesiones queda invitado a conocer esta obra, en la que se han seleccionado convenientemente cuestiones de indudable interés, cuya problemática es abordada con minuciosidad y acierto.

C. AZCÁRRAGA MONZONÍS
Universitat de València

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.73.1.2021.4.18>

VEZZANI, S., *Jurisdiction in International Fisheries Law. Evolving Trends and New Challenges*, Milán, Wolters Kluwer-CEDAM, 2020, 453 pp.

Las cuestiones relacionadas con la jurisdicción constituyen un aspecto fundamental en el Derecho internacional del mar, en general, y en el Derecho internacional de la pesca, en particular, pues afecta a la distribución entre los Estados de las competencias para regular el día a día del mundo marítimo. Los distintos tipos de jurisdicción variarán en función de las categorías de Estados existentes en el Derecho internacional del mar contemporáneo y el alcance de los mismos será distinto dependiendo, también, de cada espacio marítimo de que se trate. Lo que hace imprescindible el estudio no solamente de las competencias en los distintos espacios marinos de los Estados de pabellón, de los Estados ribereños y de los Estados rectores del puerto, sino, igualmente, de las prerrogativas de los Estados de nacionalidad y de los Estados de mercado.

La monografía titulada *Jurisdiction in International Fisheries Law. Evolving Trends and New Challenges*, que es objeto de atención en la presente recensión, es

de los pocos estudios doctrinales exhaustivos que se han ocupado hasta ahora de la compleja problemática de la jurisdicción en el Derecho internacional de la pesca. Asimismo, constituye un análisis en profundidad de los desarrollos en materia de jurisdicción que son claramente distinguibles después de casi cuatro décadas desde la adopción de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Un análisis al que consideramos, además, más que necesario para intentar hacer frente a los desafíos existentes en la actualidad en el escenario marítimo internacional.

Esta obra es fruto, sin duda, de muchos años de trabajo, lo que se refleja en el importante volumen de aportaciones doctrinales y de pronunciamientos judiciales, así como de textos jurídicos internacionales que el autor ha manejado de manera sistemática y con gran rigor científico para la elaboración de la presente monografía. A nuestro parecer, es de justicia destacar el gran esfuerzo realizado por el Dr. Simone Vezzani, Profesor

de Derecho Internacional de la Universidad de Perugia, al publicar la presente monografía en lengua inglesa en una de las editoriales más prestigiosas de Italia.

La presente monografía se estructura de la siguiente manera: después de una *Introducción* en la que se realiza una primera aproximación a la noción de jurisdicción en el ámbito de la pesca y a las nuevas tendencias jurisdiccionales en esta materia, el autor divide su trabajo en cinco Capítulos distribuidos, a su vez, en cuatro Secciones cada uno de ellos. Y aborda la problemática de la jurisdicción en relación con cada uno de los tipos de Estados existentes en el Derecho internacional de la pesca y, también, desde una triple perspectiva que respeta la distinción existente entre la jurisdicción en materia legislativa, la jurisdicción en materia judicial y la jurisdicción de aplicación.

Así, en el Capítulo I se estudia la temática de la jurisdicción del Estado ribereño en el ámbito de pesca desde la triple perspectiva arriba mencionada, a la que se añade la problemática de la ampliación de la jurisdicción del Estado ribereño a la luz de los principios generales de la jurisdicción extraterritorial. Este mismo planteamiento vuelve a ser utilizado en el Capítulo IV, dedicado a la jurisdicción del Estado rector del puerto.

Originales nos parecen sobre todo los Capítulos II, III y V por su estructura y por su manera de abordar algunas de las tendencias actuales y los nuevos desafíos a los que se está enfrentando el Derecho internacional de la pesca. En efecto, la problemática de la jurisdicción del Estado de pabellón se conecta a la referida a la jurisdicción del Estado de la nacionalidad de las personas físicas y jurídicas que realicen actividades pesqueras para efectuar a la postre un análisis de la asignación de la jurisdicción concurrente en el ámbito de la pesca. Original nos parece, también, el haber introducido un capítulo dedicado específicamente a la

jurisdicción de las organizaciones regionales de ordenación pesquera (Capítulo III) y también un capítulo consagrado a la jurisdicción del Estado de mercado (Capítulo V) en el que se presentan las medidas adoptadas a nivel tanto nacional como regional e internacional por algunos de los actores pesqueros internacionales más relevantes en sus intentos de proteger y preservar el medio ambiente marino. Se trata, sin duda, de una estructura original, que se aleja de lo generalmente seguido en los manuales de Derecho internacional del mar.

Asimismo, consideramos necesario destacar el análisis serio realizado por el autor sobre algunos aspectos delicados que se plantean en el actual Derecho internacional de la pesca. Gracias a una excelente argumentación jurídica apoyada en numerosas referencias doctrinales sólidas, intenta ofrecer respuestas interesantes y útiles en la lucha contra la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada. Un fenómeno, sin duda, global, que afecta a todos los mares y océanos, y cuyas consecuencias son altamente dañinas no solamente para el medio ambiente marino, sino también para las comunidades locales de pescadores, para los Estados ribereños, así como para aquellos operadores económicos que son respetuosos con el entorno marino en el que desarrollan sus actividades y que constatan cómo sus posibles beneficios económicos están afectados negativamente por las actividades ilícitas de esta pesca.

En resumidas cuentas, se trata de una monografía oportuna y original, que contiene un material de investigación de gran riqueza, cuya lectura resultará, sin duda, muy útil, y que constituye una excelente contribución para el estudio de la compleja temática de la jurisdicción en el Derecho internacional de la pesca.

G. A. OANTA

Universidade da Coruña

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.73.1.2021.4.19>

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/2018/10/Normas-de-publicaci%C3%B3n-en-REDI-1.10.2018.pdf>.

Note aux auteurs: les règles de style, ainsi que les lignes éditoriales de la Revue, se trouvent ici: <http://www.revista-redi.es/en/>.

Note to contributors: the editorial rules and guidelines are published under <http://www.revista-redi.es/en/>.

